

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 24 – Numéro 1

Année : 1993-1994

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13371>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13371>

Page vide laissée intentionnellement.

À LA FRONTIÈRE DE L'ÉTHIQUE ET DU DROIT	1
Par Carmen LAVALLÉE	
UNE ÉVOLUTION DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : DE L'ALE À L'ALENA.....	71
Par Hélène ANTONIOU	
Commentaire	
FREE MOVEMENT OF GOODS IN THE EUROPEAN COMMUNITY: A CRITIQUE OF THE JURISPRUDENCE ON ARTICLE 30 OF THE TREATY OF ROME.....	121
Par Ian B. LEE	
Chronique : Nouveau Code civil du Québec	
PRÉJUDICE MATÉRIEL, CORPOREL ET MORAL : VARIATIONS SUR LA CLASSIFICATION TRIPARTITE DU PRÉJUDICE DANS LE NOUVEAU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ	161
Par Nathalie VÉZINA	
LA PROPRIÉTÉ INDIVISE DU CODE CIVIL DU QUÉBEC : QUELQUES CONSIDÉRATIONS FISCALES	185
Par Luce SAMOISSETTE	
Chronique : Droit international économique	
LES TEXTILES ET LES VÊTEMENTS AU CANADA : UN SECTEUR EN VOIE DE MUTATION SUITE AUX RÉSULTATS DE L'URUGUAY ROUND	201
Par Sophie DUFOUR	
Chronique : Note bibliographique	
« FAILLITE ET INSOLVABILITÉ ».....	219
Par Paul-Émile BILODEAU	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : À LA FRONTIÈRE DE L'ÉTHIQUE ET DU DROIT

Auteur(s) : Carmen LAVALLÉE

Revue : RDUS, 1993-1994, volume 24, numéro 1

Pages : 1-57

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13362>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13362>

Page vide laissée intentionnellement.

À LA FRONTIÈRE DE L'ÉTHIQUE ET DU DROIT*

par Carmen LAVALLÉE**

Les rapports entre la déontologie, la morale, l'éthique et le droit sont complexes. À l'époque du pluralisme idéologique et d'un engouement sans précédent pour les droits et libertés de la personne, le rôle de l'éthique s'accroît au fur et à mesure que se posent les problèmes sociaux et moraux liés au développement des sciences biomédicales. L'avènement de la bio-médecine illustre avec acuité la convergence inévitable entre l'éthique et le droit. L'éthique pluridisciplinaire et séculière questionne, sensibilise et favorise la recherche du consensus. Le droit prescrit et force l'adhésion. Mais le droit est incapable de prévoir toutes les situations et l'éthique ne dispose pas de la force obligatoire du droit. Les deux disciplines bien que distinctes, sont complémentaires. C'est dans cette perspective qu'on peut véritablement parler de convergence entre l'éthique et le droit.

The relationships between deontology, morals, ethics and law are complex. In times of ideological pluralism and the affirmation of human rights and freedoms, the role of ethics becomes increasingly important as social and moral problems surface as a result of the development of the biomedical sciences. The advent of bio-medicine clearly demonstrates the inevitable convergence of ethics and the law. While secular pluridisciplinary ethics question, sensitize and favour the attainment of a consensus, the law sets out rules and enforces the observance of these rules. But just as the law cannot anticipate every possible situation, ethics lack the law's coercive nature. As a result, both disciplines, although distinct, complement each other. Thus, it is in this sense that a convergence of ethics and law is said to occur.

*, Le présent texte s'est mérité le deuxième prix du concours juridique «Charles-Coderre 1992». La Fondation Charles-Coderre a autorisé la publication de ce texte dans la présente revue. Il y a eu des additions mineures depuis sa publication originale dans le volume *Prix Charles-Coderre 1992*, Collection des Prix Charles-Coderre, par les Éditions Yvon Blais inc., pour tenir compte du nouveau *Code civil du Québec*, entré en vigueur depuis.

**, Avocate.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	5
PREMIÈRE PARTIE	8
LA MORALE, PRÉCURSEUR DU DROIT, DE L'ÉTHIQUE ET DE LA DÉONTOLOGIE	8
CHAPITRE I: LE RÔLE DE LA MORALE DANS L'ÉVOLUTION DES FONDEMENTS DU DROIT	8
A) Le droit naturel fondé sur la morale	8
1 - La naissance du droit naturel	9
2 - Le déclin du droit naturel	11
B) L'émergence de la philosophie positiviste du droit, un rejet de la morale universelle	12
1 - L'assise du positivisme: les mœurs	12
2 - Les principales critiques adressées au positivisme juridique	13
C) La tendance humaniste, un nouveau rapprochement entre la morale et le droit?	15
CHAPITRE II: L'INFLUENCE DE LA MORALE SUR LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT, DE L'ÉTHIQUE ET DE LA DÉONTOLOGIE	17
A) La morale et le droit, concordance ou discordance?	17
1 - Les différentes significations du terme «morale»	17
2 - Les distinctions entre le droit et la morale	19
3 - Les relations entre le droit et la morale	21
B) L'éthique actuelle, une notion différente de la morale	23
C) La déontologie moderne, une théorie hybride issue de la morale et du droit	26
2 - L'idéologie sous-jacente à la déontologie	29
3 - La nécessité d'un renouvellement déontologique	30
Conclusion à la première partie	33
DEUXIÈME PARTIE	34
LA CONVERGENCE INÉVITABLE ENTRE L'ÉTHIQUE ET LE DROIT	34
A) Le droit, un encadrement «des morales»	36

B) De la décision morale à la décision éthique, le rôle accru des tribunaux	38
1- La décision morale antérieure fondée sur un consensus social	38
2- La décision éthique contemporaine, un choix entre les différentes valeurs individuelles et sociales	40
CHAPITRE II: LE DÉVELOPPEMENT DES SCIENCES BIOMÉDICALES COMME POINT DE RENCONTRE ENTRE L'ÉTHIQUE ET LE DROIT	41
A) L'évolution de l'éthique pour répondre à des interrogations nouvelles	42
1- Définition de la bioéthique	42
2- Établissement d'un consensus autour de certains paramètres bioéthiques	45
3 - L'importance du débat éthique	48
B) Illustrations de l'enchevêtrement de l'éthique et du droit	52
1 - La cessation de traitement et l'euthanasie	52
2- L'allocation des ressources rares en soins de santé ...	55
C) Créer la norme, une responsabilité éthique ou juridique?	56
CHAPITRE III: LES APPORTS DE L'ÉTHIQUE ET DU DROIT DANS LA RECHERCHE DE NOUVELLES SOLUTIONS	59
A) La contribution du droit à la décision fondée sur l'éthique	60
1 - La modification du rôle traditionnel du juriste	60
2 - L'apport du droit à la décision fondée sur l'éthique ...	62
B) La nécessité de l'éthique dans l'évolution du droit	64
1 - La nécessité de l'émergence d'une éthique sociale en contrepois d'un droit individualiste et revendicateur	64
2 - L'éthique comme facteur de responsabilité	66
CONCLUSION GÉNÉRALE	68

INTRODUCTION

Montesquieu proclamait qu'il y a «différents ordres de lois; et la sublimité de la raison humaine consiste à savoir bien auquel de ces ordres se rapportent principalement les choses sur lesquelles on doit statuer, et à ne point mettre la confusion dans les principes qui doivent gouverner les hommes.»¹ Cependant, si Montesquieu vivait aujourd'hui, il constaterait, comme les philosophes et les juristes contemporains, que les développements spectaculaires de la science, notamment dans les domaines de la médecine, de l'agronomie et de l'informatique, ont engendré la confusion et rendu plus difficile que jamais la délimitation des frontières entre la morale et le droit².

Les technologies de pointe permettent aux scientifiques d'avoir une emprise croissante sur la vie humaine, entraînant avec elles de nombreuses interrogations morales et juridiques. Doit-on maintenir en vie, artificiellement, les personnes dont la mort cérébrale a été constatée? Devrait-on permettre la commercialisation des organes et des prélèvements humains? Le phénomène des mères porteuses est-il moralement défendable? Peut-on stériliser les déficients mentaux? Où commence l'acharnement thérapeutique lorsqu'un patient refuse un traitement et réclame le droit de mourir dans la dignité? Et que penser du «bricolage des gènes»³?

La science serait-elle la seule responsable du déséquilibre moral et juridique qu'elle soulève? Les conflits entre les concepts de droit et de morale existaient bien avant l'essor récent de la technologie. Pensons aux débats soulevés par la peine capitale ou par la question controversée de l'avortement.

Néanmoins, si la science nous fascine et nous séduit, elle nous effraie aussi. On craint les catastrophes nucléaires qui entraîneraient des pertes considérables en vies humaines. Toutefois, rappelons que les plus grands génocides de notre histoire, ceux réalisés par les nazis et les Khmers rouges, l'ont été avec des moyens technologiques plutôt modestes⁴.

L'évolution scientifique apparaît plutôt comme un phénomène intrinsèquement neutre. C'est la contrôlabilité du système, par une organisation humaine efficace, qui fera la différence entre la science au service de l'humanité ou l'humanité au service de la science.

-
1. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Éditions Garnier Frères, 1956, p. 168.
 2. Ces rapports sont qualifiés par Ihering de «Cap Horn des sciences juridiques» dans G. MARTY et P. RAYNAUD *Droit civil - Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., t. I, Paris, Sirey, 1972, n° 37, p. 61.
 3. A. FAGOT-LARGEAULT, *L'homme bioéthique, pour une déontologie de la recherche sur le vivant*, Paris, Maloine S.A., 1985, p. 17.
 4. *Id.*, p. 20.

Pourtant, l'avènement de réalisations technologiques, jusqu'à ce jour insoupçonnées, n'est pas sans en inquiéter plus d'un. Il suffit de consulter l'imposante littérature philosophique à laquelle ce phénomène a donné naissance pour s'en convaincre. Mais, d'où provient cette crainte? D'abord, les médias ont mis à jour certaines pratiques scandaleuses des chercheurs, en révélant l'utilisation de moyens moralement répréhensibles tels que:

«... injections de cellules cancéreuses à des patients âgés, inoculation de l'hépatite virale à des enfants retardés mentalement, absence de traitement à des Noirs atteints de syphilis, recherche sur des sujets sains sans leur consentement»⁵.

Ces exemples montrent les abus potentiels d'une science puissante à l'affût de la découverte. Au nom des bienfaits de la recherche, glissons-nous lentement sur la pente de la permissivité? Certains craignent que l'on passe de l'avortement légal dans les premiers mois de la grossesse, à l'avortement libre et gratuit, puis à l'avortement obligatoire si l'on découvre une tare génétique sur l'embryon. De la cessation de traitement, finirons-nous par tolérer l'euthanasie active sur demande, puis l'euthanasie forcée des handicapés mentaux profonds et des vieillards séniles?

Devant cette crainte, justifiée ou non, mais bien réelle, les philosophes et les scientifiques s'adressent aux juristes, demandant au droit de combler le vide laissé par le désengagement moral de la collectivité. Mais le droit ne serait-il pas lui-même en crise? Déconcerté par le pluralisme idéologique et les problèmes engendrés par la science, le droit s'avère impuissant à répondre aux interrogations qu'on lui soumet⁶. Est-ce là le rôle exclusif du droit? Quels devraient être les rapports du droit avec la morale? Celle-ci peut-elle encore jouer un rôle positif aujourd'hui ou n'est-elle devenue qu'un préjugé déraisonnable? La consultation des différents auteurs traitant de ce sujet, nous apprend qu'ils ne s'entendent pas toujours sur le sens à donner aux principales notions qu'ils abordent. Souvent, on parle indistinctement de la loi ou du droit, de l'éthique ou de la morale, de l'éthique professionnelle ou de la déontologie.

Un tel imbroglio sémantique peut s'expliquer d'un point de vue historique. Nous allons donc, dans cette perspective, consacrer *notre première partie* à l'étude des différents concepts qui ont servi, au fil du temps, de fondement au droit positif. Nous verrons que la morale philosophique a favorisé l'émergence du droit naturel qui sera remplacé, plus tard, par le positivisme juridique. La connaissance préalable de l'évolution des règles morales et

5. G. DURAND, *La bioéthique*, Paris, Éditions du Cerf, Montréal, Fides, 1989, p. 9.

6. É. DELEURY, «Éthique, médecine et droit: des rapports qui reposent sur une confusion entre les rôles», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1991, p. 103.

juridiques est nécessaire pour comprendre et apprécier le sens de l'éthique contemporaine et ses relations avec le droit positif. L'approche historique nous permettra de mieux saisir la crise éthique et juridique créée par des possibilités technologiques sans précédent. Le droit se trouve aujourd'hui engagé dans une nouvelle phase de son évolution à l'intérieur de laquelle l'éthique, devenue progressivement différente de la morale, joue un rôle de plus en plus nécessaire.

Ainsi, nous allons dans notre *deuxième partie*, examiner plus particulièrement les relations entre l'éthique et le droit. Nous constaterons que la biomédecine soulève des polémiques éthiques devenues moralement presque insolubles dans une société qui a consacré dans sa constitution la liberté d'opinion, de croyance et de religion⁷, institutionnalisant le respect du pluralisme idéologique. Dans cette optique, la convergence entre l'éthique et le droit apparaît inévitable puisqu'ils demeurent des guides privilégiés dans la recherche d'un équilibre entre les valeurs individuelles et collectives.

PREMIÈRE PARTIE

LA MORALE, PRÉCURSEUR DU DROIT, DE L'ÉTHIQUE ET DE LA DÉONTOLOGIE

Les êtres humains, forcés de se regrouper pour survivre, comprennent rapidement la nécessité de céder une part de leur liberté individuelle au profit d'une coexistence pacifique. La vie en société favorise l'émergence de normes visant à régir les comportements individuels et collectifs. Parmi ces règles de conduite, le droit a toujours joué un rôle prépondérant puisqu'il est inhérent à la vie sociale organisée⁸. Cependant, il n'est pas le seul à régir la conduite humaine. Au fil des siècles, des normes morales, éthiques et déontologiques se sont juxtaposées aux règles juridiques, parfois pour les compléter ou les soutenir, parfois pour les dénoncer et les contester. Afin de mieux apprécier le sens de l'éthique contemporaine et ses relations avec le droit positif, nous allons d'abord étudier comment ces différentes références normatives ont évolué et se sont entremêlées les unes aux autres. Examinons, dans cette perspective, le rôle de la morale dans l'évolution des fondements du droit.

7. Article 2(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.U. c. 11)].

8. G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 2, n° 2, p. 3.

CHAPITRE I: LE RÔLE DE LA MORALE DANS L'ÉVOLUTION DES FONDEMENTS DU DROIT

L'épineuse question des fondements du droit soulève de nombreuses controverses chez les auteurs. Malgré la complexité de ce problème, nous allons traiter brièvement du rôle de la morale dans l'évolution du droit. Nous verrons successivement le concept de droit naturel, la philosophie positiviste du droit et la naissance d'une nouvelle tendance humaniste proposée par les auteurs.

A) Le droit naturel fondé sur la morale

Prôné à l'origine par les philosophes grecs et chrétiens, le droit naturel a par la suite été décrié par les tenants du positivisme juridique.

1 - La naissance du droit naturel

Le droit naturel, selon Carbonnier, obtint ses lettres de noblesse dans l'*Antigone* de Sophocle. Antigone donna une sépulture à son frère, et cela malgré l'interdiction de Créon, et pour excuser son geste elle s'écrie:

«Je ne pensais pas, (...), qu'il eût assez de force ton édit, pour donner à un être mortel le pouvoir de violer les divines lois non écrites que personne ne peut ébranler. Elles ne sont pas d'aujourd'hui, ni d'hier, mais elles sont éternelles, et personne ne sait quel est leur passé profond»⁹.

Ainsi, se profile l'idée d'un droit immuable et universel. La définition la plus connue et la plus citée du droit naturel est attribuable à Cicéron qui le décrit ainsi:

«Il est une loi véritable, droite raison, conforme à la nature, présente en tous, immuable, éternelle, elle appelle l'homme au bien par ses commandements et le détourne du mal par ses interdictions. Soit qu'elle ordonne ou qu'elle défende, elle ne s'adresse pas en vain aux hommes de bien, mais n'exerce aucune action sur le méchant. Il n'est pas permis de l'infirmier par d'autres lois, ni de déroger à ses préceptes; il est impossible de l'abroger tout entière, ni le Sénat, ni le peuple ne peuvent nous en libérer. Elle ne sera différente ni à Rome ni à Athènes, et ne sera pas dans l'avenir différente de ce qu'elle est aujourd'hui, mais une seule loi, éternelle et inaltérable, régira à la fois tous les peuples dans tous les temps; un seul maître étant le chef, c'est lui qui est l'auteur de la loi, qui l'a promulguée et la sanctionne, celui

9. J. CARBONNIER, *Droit civil - Introduction*, 17^e éd., Paris, P.U.F., 1988, n° 47, p. 81.

qui ne lui obéit pas se punit lui-même en reniant sa nature humaine et se réserve le plus grand châtement»¹⁰.

Les philosophes grecs ont été les premiers à aborder les fondements du droit. Aristote fonde la théorie du droit naturel sur une nature humaine différente de l'animal mais en harmonie avec le reste de l'univers. C'est par sa capacité de raisonnement et son aptitude à agir volontairement que l'homme se distingue de l'animal; cette nature humaine lui permet de reconnaître ce qui est juste¹¹. *Le droit écrit ne sert qu'à compléter le droit naturel auquel il est subordonné. La morale idéaliste règne sur le droit naturel.*

Puis, avec l'avènement du christianisme, on associe le droit naturel à l'existence d'un Être supérieur. Dieu est le créateur de l'homme et par le fait même, le créateur de la nature humaine. Ainsi, «la nature est remplacée par Dieu, la raison par la Révélation»¹². Le droit naturel est un présent de Dieu. Le droit n'aura jamais été plus proche de la morale religieuse. Au XIII^e siècle, Thomas d'Aquin jette un pont entre les philosophes païens et le droit chrétien. À ses yeux, deux chemins différents peuvent mener à la loi éternelle, soit la voie de la Révélation venue de Dieu, ou celle de la raison découlant de la nature¹³.

Ce retour au droit naturel relié à la nature humaine s'accentuera avec la théorie de Hugo de Groot, dit Grotius, qui laïcisera la doctrine du droit naturel¹⁴. Pour lui, les principes du droit naturel relèvent de la seule raison : «le droit naturel ne serait donc pas différent s'il n'y avait pas Dieu ou s'il se désintéressait des affaires humaines»¹⁵. Avec Grotius s'amorce la séparation du droit et de la morale religieuse. Les impératifs sociaux découlent de la conscience humaine. À cette époque, les théories évolutionnistes sont encore inconnues et la nature humaine est donc considérée comme immuable. Cette conception entraîne la création de normes naturelles d'une rigidité absolue qui seront à l'origine de nombreuses critiques et donneront naissance à la contestation philosophique de cette théorie.

10. CICÉRON, «De Republica», cité par C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit - Au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 11.

11. G. DURAND, «Histoire de la philosophie du droit, lignes de crête», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1991, p. 30.

12. *Id.*, p. 32.

13. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil - Introduction générale*, 2^e éd., t. I, Paris, L.G.D.J., 1983, n° 12, p. 9.

14. *Id.*, n° 13, p. 10.

15. *Id.*

2 - Le déclin du droit naturel

Peu à peu, l'idée d'un droit naturel universel et immuable apparaîtra comme inacceptable. Les critiques les plus acerbes se manifestent au XIX^e siècle. On reprochera au droit naturel d'être à la fois inexact et inutile¹⁶. En effet, les communications terrestres et maritimes s'accroissent, ce qui permet de découvrir des écarts significatifs entre les différents systèmes de droit. Si la nature humaine est immuable, si le droit naturel découle de cette nature, il devrait logiquement être similaire sur tous les continents. Afin de minimiser cette critique, certains auteurs tentent d'élaborer une théorie du droit naturel «à contenu variable selon les civilisations»¹⁷. On aboutit alors à un droit naturel flou et imprécis qui lui vaudra une deuxième critique: on lui reprochera d'être inutile, car empreint de nombreuses contradictions.

Le droit naturel repose sur la morale universelle, ce qui implique «l'interdiction pour le législateur d'enfreindre le droit naturel et la possibilité pour les individus de résister aux lois injustes»¹⁸. Pourtant, la plupart des tenants du droit naturel s'opposent à l'idée que l'on puisse opter pour la désobéissance civile, alors que la logique commanderait de résister aux lois injustes puisqu'elles contredisent le droit naturel.

De plus, si l'on peut découvrir les normes de conduite dans la nature humaine, le droit écrit serait inutile; mais les naturalistes insistent sur la nécessité du droit écrit, notamment pour promouvoir les sanctions à l'endroit de ceux qui ne respectent pas les préceptes du droit naturel. Hans Kelsen, l'un des principaux détracteurs du droit naturel explique ainsi cette contradiction :

Si la nature humaine est la source du droit naturel, ils doivent admettre que l'homme est foncièrement bon, mais pour justifier la nécessité d'une contrainte sous la forme du droit positif, ils doivent invoquer la perversité de l'homme. Ainsi, ils ne déduisent pas le droit naturel de la nature humaine telle qu'elle est, mais de la nature humaine telle qu'elle devrait être ou telle qu'elle serait si elle correspondait au droit naturel. Au lieu de déduire le droit naturel de la vraie nature de l'homme, ils déduisent une nature idéale de l'homme d'un droit naturel dont ils supposent l'existence¹⁹.

Ces critiques ont fortement ébranlé la théorie du droit naturel et ont amené de nombreux juristes à la délaisser pour rallier le positivisme juridique.

16. *Id.*, n° 16, p. 12.

17. *Id.*, n° 18, p. 13.

18. *Id.*, n° 19, p. 13.

19. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1988, p. 96.

B) L'émergence de la philosophie positiviste du droit, un rejet de la morale universelle

L'école du positivisme juridique est née en réaction au scepticisme engendré par les critiques formulées à l'égard du droit naturel. On rejette peu à peu l'idée d'un droit universel pour s'orienter vers un droit écrit, relatif à une certaine époque et à un territoire donné.

1 - L'assise du positivisme: les mœurs

Avec le positivisme juridique, s'amorce le premier changement radical à propos des fondements du droit. Alors que le droit naturel est fondé sur la croyance en Dieu ou dans une nature humaine particulière, le positivisme juridique repose sur les mœurs et *rejette la morale philosophique comme fondement du droit*. En s'attachant aux mœurs, le positivisme s'appuie sur «les comportements concrets des gens»²⁰. *On distingue les mœurs de la morale en disant que la morale renvoie aux comportements que l'on devrait avoir dans notre société, alors que les mœurs sont tout simplement les comportements que l'on a*. Les mœurs ne reposent aucunement sur une justification rationnelle. Certains comportements entrent dans nos mœurs sans qu'on sache exactement pourquoi, pour en ressortir quelques années plus tard de la même façon²¹. En conséquence, sous le positivisme juridique, les mœurs se modifient; on constate ce changement pour ensuite effectuer la mise à jour des codes et des lois. Les mœurs deviennent ainsi les assises de la philosophie positiviste.

Le positivisme a connu son apogée au XIX^e siècle, notamment en France, lors de la codification du *Code civil*. Napoléon lui-même disait: «Je suis monté sur le trône afin de mettre les lois en accord avec les mœurs»²².

Rappelons que le droit positif (droit écrit) existait à l'époque du droit naturel, mais qu'il était complètement dominé par la morale. Sous le positivisme juridique, seul le droit écrit est considéré comme la véritable norme juridique. En s'appuyant uniquement sur les comportements des gens, soit les mœurs, pour établir les règles juridiques, le positivisme rejette la morale universelle comme fondement du droit positif.

Des différences substantielles distinguent donc le positivisme juridique de la théorie du droit naturel. Pourtant, en dépit de ces distinctions, la philosophie positiviste n'a pas, elle non plus, échappé aux critiques.

20. G. DURAND, «Du rapport entre le droit et l'éthique», (1986), 20 *R.J.T.* 281, 284.

21. J. D'HONT, «L'éthique dans le monde comme il va» dans *Justification de l'éthique*, XIX^e Congrès de l'association des sociétés de philosophie de langue française, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1984, p. 25.

22. NAPOLÉON, «Manuscrit venu de Sainte-Hélène», cité par J. D'HONT, *Id.*, p. 26.

2 - Les principales critiques adressées au positivisme juridique

Les auteurs soulignent les lacunes de la philosophie positiviste. On critique le positivisme principalement de deux façons. On lui reproche d'abord son insuffisance pour comprendre et interpréter les règles juridiques et ensuite sa dangerosité²³.

En effet, la philosophie positiviste serait insuffisante car elle a eu pour conséquence de vider les règles juridiques de leur véritable contenu comme l'écrivent certains auteurs:

«Identifier le droit à la loi de l'État fournit une explication au caractère contraignant de la règle juridique, mais n'éclaire pas sur le contenu de celle-ci: d'où vient que la contrainte s'exerce dans tel sens plutôt que dans tel autre?»²⁴

D'ailleurs, voir tout le droit dans les lois de l'État conduit au culte de la loi et à l'approche légaliste de la justice. Faire reposer tout le droit sur les mœurs, nous prive d'un rôle que le droit pourrait jouer, soit celui de faire évoluer la société²⁵. En outre, le droit positif ne peut prévoir toutes les situations possibles. Il arrive souvent que les juges doivent avoir recours à d'autres concepts que le droit positif, comme la morale ou l'éthique, lorsque la loi est ambiguë ou silencieuse afin de s'acquitter de l'obligation qui leur est faite de rendre jugement²⁶.

Mais la critique la plus acerbe formulée à l'encontre du positivisme concerne la dangerosité de cette philosophie. En effet, le droit positif est souvent l'occasion de pressions et de luttes de pouvoir parmi les différents ordres sociaux. On connaît l'influence des groupes de pression sur les gouvernements. Or, toutes les classes sociales ne disposent pas des mêmes moyens pour se faire entendre, ce qui peut entraîner certaines injustices sociales.

De plus, éviter toute critique du droit uniquement parce qu'il se traduit par une loi peut nous conduire vers la dictature ou à accepter des lois intolérables sur le plan humain²⁷. Un tel phénomène s'est produit sous le régime politique de l'Allemagne nazie. Le procès de Nuremberg a particulièrement bien illustré l'insuffisance et le danger de la philosophie positiviste, comme l'explique le professeur Perelman:

23. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 13, n° 26, p. 20.

24. *Id.*

25. *Id.*

26. Art. 41.2 L.R.Q. c. 1-16 (ancien art.11 C.c.B.C.)

27. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 13, n° 28, p. 22.

«Mais cette conception du positivisme juridique s'écroule devant les abus de l'hitlérisme, comme toute théorie scientifique inconciliable avec les faits. Car la réaction universelle devant les crimes nazis obligea les chefs d'État alliés à instruire le procès de Nuremberg, et à interpréter l'adage *nullum crimen sine lege* dans un sens non-positiviste, la loi violée en l'occurrence ne relevant pas d'un système de droit positif, mais de la conscience de tous les hommes civilisés. La conviction qu'il était impossible de laisser impunis ces crimes horribles, mais qui échappaient à un système de droit positif, a prévalu sur la conception positiviste du fondement du droit»²⁸.

En fait, le procès de Nuremberg aurait été l'élément déclencheur d'une seconde transformation des fondements du droit. Il aurait ouvert la voie à la tendance humaniste.

C) La tendance humaniste, un nouveau rapprochement entre la morale et le droit?

Les philosophes et les juristes prennent conscience de l'échec du positivisme. Le droit se trouve dans une autre période de mutation. À notre époque, on commence à peine à réaliser cette transformation d'où l'impossibilité de parler avec réalisme et objectivité du changement qui s'amorce sous nos yeux.

Le droit moderne se caractérise par un engouement pour les droits et libertés de la personne. L'emballlement se manifeste en 1948, au plan international, avec la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁹. En 1960, le Canada adopte la *Déclaration canadienne des droits*³⁰, puis, en 1982, enchâsse dans la Constitution la *Charte canadienne des droits et libertés*³¹. Le Québec, pour sa part, édicte en 1975, la *Charte des droits et libertés de la personne*³².

Si tous sont unanimes à constater l'importance accordée aux droits fondamentaux, l'unanimité ne tient plus lorsqu'il s'agit d'établir le fondement philosophique de ces droits. Assistons-nous à l'émergence d'une troisième école, après celle du droit naturel et du positivisme, ou ne serait-ce là qu'une transformation de la philosophie positiviste?

28. C. PERELMAN, *Droit, morale et philosophie*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1976, p. 69; L'expression *nullum crimen sine lege* signifie: il n'y a pas de crime sans texte.

29. Adoptée et proclamée par l'Assemblée générale dans sa résolution 217A (III) du 10 décembre 1948. Tiré de *Droits de l'homme, recueils d'instruments internationaux*, New York, Nations Unies, 1978.

30. S.C. 1960, c. 44.

31. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 7.

32. L.R.Q., c. C-12.

Carbonnier semble opter pour la deuxième hypothèse, en parlant d'un «positivisme transcendanté»³³. Dans cette évolution du positivisme, l'État doit se reconnaître lui-même soumis au respect des droits et libertés de la personne et se conformer aux décisions judiciaires. La reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux de la personne protège le citoyen contre les décisions arbitraires³⁴.

Carbonnier reconnaît cependant que les droits de l'homme ne cadrent pas dans le positivisme traditionnel où l'État est le seul maître de la loi³⁵. D'autres auteurs, dont le professeur Durand, préfère parler d'une troisième tendance, la tendance humaniste, qu'il décrit comme suit:

«Entre les deux premières tendances s'en profile une troisième, qu'on pourrait appeler *humaniste*, pour qui la vérité réside moins dans l'opposition des deux réalités que dans leur conjonction. Le droit ne s'identifie ni aux mœurs, ni à la morale, mais il a des rapports étroits avec l'un et l'autre. Droit et morale sont deux réalités distinctes, autonomes, mais en relation étroite et dialectique»³⁶.

Cette troisième tendance se caractériserait donc par un rapprochement entre le droit et la morale. Ainsi, certains estiment donc que le fondement philosophique des droits de la personne nous ramène à la théorie du droit naturel³⁷. D'autres rejettent le droit naturel comme fondement des droits de l'homme puisque le positivisme en a démontré toutes les lacunes³⁸. Nous sommes encore loin d'un consensus sur le fondement des droits humains mais, dans le domaine de la philosophie du droit, les certitudes prennent de longues années à s'instaurer alors que le doute semble toujours présent.

Néanmoins, la philosophie du droit fait appel à des concepts tels le droit, la morale et l'éthique sans que l'on sache vraiment à quelles réalités ils nous réfèrent. Il est donc nécessaire avant de mesurer les rapports spécifiques entre l'éthique et le droit de bien circonscrire la portée réelle de ces concepts.

33. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 9, n° 41, p. 75.

34. *Id.*

35. *Id.*, p. 77.

36. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 101.

37. Voir à ce sujet L. PONTON, *Le droit naturel et les droits de l'homme*, Québec, Université Laval, 1988, 113 p. et P. PATENAUDE, «La loi: Instrument d'éducation populaire ou simple reflet de la volonté générale», dans *Droit et morale: valeurs éducatives et culturelles*, A. METTAYER et J. DRAPEAU (dir.), Montréal, Fides, 1987, p. 20.

38. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 28, p. 69.

CHAPITRE II: L'INFLUENCE DE LA MORALE SUR LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT, DE L'ÉTHIQUE ET DE LA DÉONTOLOGIE

Nous avons indiqué antérieurement que le droit est un système normatif important dans notre société. Cependant, le droit est influencé par des règles morales, éthiques et déontologiques qui prescrivent, elles aussi, les attitudes et les comportements que chacun doit adopter pour maintenir la paix sociale.

Nous allons définir ces règles et indiquer les relations que ces différents concepts entretiennent les uns avec les autres, ce qui nous amènera à discuter de la concordance ou de la discordance existant entre le droit et la morale. Nous aborderons, ensuite, la notion «d'éthique» pour nous demander si elle s'identifie à la morale ou si elle ne réfère pas plutôt à une conception autonome. Nous compléterons cette étude sur l'influence de la morale en montrant brièvement comment elle sert de support à la déontologie.

A) La morale et le droit, concordance ou discordance?

L'évolution de la philosophie du droit a mis en évidence toute la polémique autour des relations entre la morale et le droit. Définissons d'abord le terme «morale» avant de discuter des principales distinctions entre le droit et la morale.

1 - Les différentes significations du terme «morale»

Le terme «morale» peut recevoir différentes significations selon le contexte dans lequel il est employé.

Dans un premier temps, la morale au plan philosophique, est orientée vers la recherche de ce que l'être humain doit faire pour atteindre le bien. Ce sont les valeurs qui fondent les normes et les comportements, qualifiés à leur tour de moraux ou d'immoraux. La morale a pour fonction de juger ces valeurs afin de s'assurer qu'elles soient conformes à la dignité humaine³⁹. *Dans cette perspective de la recherche d'un idéal, la morale est «la science du bien et du mal»⁴⁰.*

Mais, la morale nous réfère également à tout un système de règles de conduite. Il s'agit des comportements déduits de la réflexion morale telle que

39. P. GAUDETTE, «Éthique, morale, déontologie: une question de mots?», dans *L'éthique professionnelle, réalité du présent et perspectives d'avenir au Québec*, Cahiers de Recherche Éthique 13, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1989, p. 25.

40. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 12. Les italiques sont de nous.

décrite antérieurement, et interprétée par un groupe particulier d'individus. *Dans cette optique, il est plus opportun de parler «des morales» que de «la morale»*⁴¹. Les religions illustrent parfaitement bien ce que l'on entend par «les morales». Nous parlerons de morale catholique, protestante, juive, etc. Ces morales émergent parfois de la doctrine philosophique. Il s'agira alors de la morale kantienne, aristotélicienne⁴², etc.

Enfin, la morale renvoie aux comportements concrets des gens, aux efforts journaliers déployés pour être en accord avec les principes ou les valeurs auxquels un individu a choisi de croire⁴³. On parle dans cette hypothèse *d'une morale de situation ou d'une morale appliquée* qui se distingue des mœurs telles que nous les avons définies précédemment⁴⁴. En effet, rappelons que les mœurs ne reposent pas sur une justification rationnelle, il s'agit plutôt d'une habitude alors que la morale appliquée implique des gestes concrets, posés dans le but de répondre aux normes morales.

Il est essentiel de retenir ces différentes significations afin de déterminer à quelle réalité on se réfère et de saisir les distinctions entre le droit et la morale.

2 - Les distinctions entre le droit et la morale

Les auteurs tentent de dissocier, à travers les débats philosophiques, le droit de la morale afin de mieux saisir la portée exacte des termes⁴⁵.

On distingue traditionnellement le droit de la morale en fonction de leurs objets. La morale s'occupe de la conscience individuelle de l'homme et vise l'amélioration spirituelle; son objectif est de mettre les être humains sur la voie de la perfection. Le droit se préoccupe de la fin sociale, il vise l'aménagement des comportements collectifs pour en arriver à une organisation sociale paisible. *La morale se préoccupe des individus alors que le droit s'intéresse à la collectivité*⁴⁶.

L'auteur Guy Durand rejette cette distinction entre la morale et le droit. Pour lui, la morale s'intéresse également à la vie publique car elle vise la promotion de tous les êtres humains; le droit s'ingère dans la vie privée des

41. *Id.*, p. 15. Les italiques sont de nous.

42. P. GAUDETTE, *loc. cit.*, note 39, p. 25.

43. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 15.

44. *Supra*, p. 10.

45. Pour notre part, lorsque nous utilisons le mot «morale» et le mot «droit», sans en préciser davantage le sens, nous référons à la morale philosophique, la science du bien et du mal et au droit positif des sociétés industrialisées.

46. G. GIROUX, «L'éthique et le droit, convergence ou divergence en démocratie libérale?», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1991, p. 15.

individus, notamment en ce qui concerne les conventions matrimoniales, les legs, la filiation, etc.⁴⁷.

On peut au contraire distinguer le droit de la morale par la sanction. Il y a une sanction au manquement à une règle de droit alors qu'il n'y en a pas lorsqu'on transgresse une règle morale. Le droit possède un caractère coercitif alors que la morale agit davantage par la persuasion ou par la répréhension⁴⁸. Le philosophe Jacques Ellul s'objecte à cette théorie. On ne doit pas, selon lui, ramener le droit à une fonction punitive qu'il n'exerce qu'en dernier ressort. Le rôle du droit ne se limite pas à sanctionner les écarts juridiques; il vise, en premier lieu, l'aménagement des comportements humains. La sanction «n'est pas le droit, c'est l'échec du droit»⁴⁹.

Finalement, on soulève la question de l'intention. La morale se soucie de l'intention de celui qui agit. Ainsi, celui qui fait le bien avec l'intention d'en tirer profit plus tard, perd tout mérite. Le droit, pour sa part, ne scrute pas la pensée profonde du transgresseur des règles juridiques. Le droit sanctionne les comportements extérieurs⁵⁰. Cette façon de voir est imparfaite, car elle fait peu de cas du droit criminel où l'intention coupable, la «mens rea», est indispensable à la condamnation du suspect. Le droit civil réfère aussi indirectement à l'intention lorsqu'il s'agit pour le tribunal d'évaluer la bonne ou la mauvaise foi des parties⁵¹.

Ces distinctions classiques entre le droit et la morale apparaissent donc contestables et elles sont contestées effectivement. Peut-on avoir recours à d'autres éléments pour les différencier? Chaïm Perelman relève plusieurs éléments intéressants⁵². Alors qu'en droit, il n'y a que le juge compétent qui peut se faire une opinion et rendre jugement, en morale le jugement est à la portée de tous⁵³.

La question du doute est traitée différemment en morale et en droit. «Alors qu'en morale, il suffit d'un soupçon pour entamer la réputation d'une personne, dans notre droit, le doute profite à l'accusé»⁵⁴.

En dernier lieu, on fait état de la précision obligatoire des normes juridiques et des décisions judiciaires en regard des jugements moraux. Le droit

47. G. DURAND, *loc. cit.*, note 20, p. 282.

48. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 38.

49. J. ELLUL, «Droit et morale», (1979) 17 *Recht und Moral*, 62, 63.

50. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 28, p. 185.

51. Exemples: arts 1404, 1559, 1632 *C.c.Q.*

52. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 28, p. 179.

53. *Id.*, p. 180.

54. *Id.*

repose sur une procédure stricte et la sécurité juridique exige une réponse claire. En morale, les normes sont plus vagues et les appréciations plus nuancées⁵⁵.

Un auteur, pour sa part, caractérise ainsi la morale:

«La morale fait appel à l'intériorité, à l'implication personnelle, à la conviction propre. Le geste oral n'est pas la simple conformité extérieure, c'est celui qui surgit de la conviction personnelle»⁵⁶.

Au contraire le droit ne cherche pas à convaincre, il force l'adhésion aux règles juridiques. La morale se caractérise par la recherche de l'idéalité. «Elle propose donc un idéal. Elle tire toujours vers un plus être»⁵⁷. Le droit «doit être réaliste. (...) Le droit vise la moyenne des gens. Il réduit donc ses exigences au minimum»⁵⁸.

La morale «s'intéresse non seulement au court terme, mais au long terme»⁵⁹. Le droit est en vigueur pour un temps donné jusqu'à ce qu'il soit modifié ou abrogé.

La morale «prend en considération aussi bien mon épanouissement personnel, mon bonheur que celui des autres. Elle vise à s'appliquer au monde entier...»⁶⁰. Le droit s'applique sur un territoire donné selon les règles juridiques en vigueur à cette époque⁶¹.

Bien que l'on puisse différencier sur certains aspects le droit de la morale, les deux concepts demeurent néanmoins profondément liés.

3 - Les relations entre le droit et la morale

Le droit et la morale sont des concepts interreliés parce qu'ils assurent un rôle commun, celui de régir les conduites humaines⁶².

De plus, certaines règles juridiques contiennent des valeurs et le droit positif traduit ces valeurs en règle de droit. Cependant, les valeurs intégrées dans le droit sont de deux ordres. Comme nous l'avons dit plus haut, le droit

55. *Id.*, p. 189.

56. G. DURAND, *loc. cit.*, note 11, p. 42.

57. *Id.*, p. 43.

58. *Id.*

59. *Id.*

60. *Id.*

61. R. SCHAEERER, «Droit, morale et axiologie» dans *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1973, p. 281.

62. J. ELLUL, *op. cit.*, note 49, p. 70. On doit remarquer qu'on parle ici «des morales» et non pas de «la morale».

positif se fonde généralement sur les mœurs, ce qui permet au législateur d'édicter des lois parfois très contraignantes sans susciter de révolution. Mais, il se laisse parfois déborder par son rôle normatif des comportements lorsqu'il édicte des lois instaurant des normes considérées, par lui, comme idéales pour les citoyens. Dans ce cas, il s'agit d'une véritable confusion entre le droit et la morale⁶³. Cependant, cette façon de procéder s'avère dangereuse pour un État dont l'autorité pourrait être contestée par différents groupes sociaux. Pensons à la question délicate de l'avortement. La difficulté résulte du fait que, dans un cas comme celui-ci, le droit repose sur la morale plutôt que sur les mœurs.

Mais même lorsque le droit se veut moralisateur, il reste soumis à des contraintes qu'il ignore la morale et il se verra obliger de faire certaines concessions. Le droit, comme la morale, interdit l'homicide. S'il reste toujours immoral d'enlever la vie à un être humain, ce même geste ne peut dans tous les cas être illégal parce que le droit a aussi d'autres responsabilités que le respect de la vie humaine. Ainsi, le droit accepte la légitime défense et honore les soldats valeureux qui accomplissent leur devoir en tuant les ennemis de l'État. Dans les pays où l'on pratique encore la peine capitale, il est hors de question de punir les bourreaux⁶⁴.

Le droit, parce qu'il doit donner une réponse claire pour assurer la sécurité juridique⁶⁵, ne peut imposer des obligations aux citoyens dont il serait incapable d'évaluer l'exécution. Pensons au devoir moral de fraternité qui ne peut se traduire d'une façon effective en règle juridique⁶⁶.

Ces exemples montrent l'interrelation du droit et de la morale, et selon Callahan, cette interaction serait grandissante. Elle se caractérise par le fait que les problèmes moraux sont portés très rapidement devant les tribunaux, et que les frontières entre la morale et le droit ne sont plus délimitées⁶⁷. Cette interaction grandissante a donné lieu à une impressionnante littérature, dans laquelle on constate un changement de vocabulaire, le mot «éthique» est en voie de supplanter le terme «morale».

B) L'éthique actuelle, une notion différente de la morale

Se demander si l'éthique actuelle est différente de la morale, c'est s'engager dans une controverse philosophique. Les mots «morale» et «éthique»,

63. *Id.*, p. 66.

64. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 28, p. 181.

65. *Supra*, p. 18.

66. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 172.

67. D. CALLAHAN, «L'éthique biomédicale aujourd'hui», dans *Éthique et biologie*, Paris, C.N.R.S., 1986, p. 47, 48.

pour certains, sont de purs synonymes alors que pour d'autres, ils réfèrent à des réalités distinctes.

Une part de la difficulté est attribuable au fait que le mot «morale» puisse, à lui seul, être défini de plusieurs façons⁶⁸. Examinons les deux principales tendances avant d'expliquer sommairement la position que nous avons adoptée.

L'étymologie, très utile lorsqu'il s'agit de définir les mots, ne nous est d'aucun secours. En effet, le mot «morale» vient du latin «mores» et le mot «éthique», du grec «ethos», et «réfèrent tous les deux aux moeurs, à la conduite de la vie, aux règles de comportement»⁶⁹. L'ambiguïté développée au cours des ans repose en partie sur cette confusion étymologique. Pourtant, la recherche philosophique qualifie différemment les termes. Ainsi, Hans Kelsen affirme que:

«On peut regrouper l'ensemble des normes sociales autres que juridiques sous la dénomination de morale, et l'on peut nommer éthique la discipline qui entreprend de les connaître et de les analyser. (...) Il faut remarquer à ce propos que, dans le langage usuel (...) on confond très fréquemment la morale et l'éthique; et l'on rapporte à celle-ci une assertion qui en vérité ne vaut que pour celle-là, à savoir qu'elle règle la condition humaine, qu'elle établit des obligations et des droits, c'est-à-dire qu'elle pose autoritairement des normes; alors qu'en vérité l'éthique ne peut faire autre chose que connaître et analyser les normes morales posées par une autorité morale...»⁷⁰.

Ainsi, la morale prescrirait des normes alors que l'éthique aurait pour fonction de poser un jugement critique sur les normes issues de la morale. Cependant, certains rejettent cette distinction entre «morale» et «éthique». Appuyant leur thèse sur l'étymologie commune des termes et sur le fait que les deux mots seraient historiquement synonymes, ils désapprouvent l'utilisation du terme «éthique», dont le seul but serait d'accorder une permissivité accrue en regard des comportements individuels et sociaux⁷¹.

Les discussions entre les auteurs ont conduit à l'élaboration de deux tendances principales, soit la tendance française et la tendance anglo-saxonne⁷².

68. *Supra*, p. 15.

69. P. GAUDETTE, *loc. cit.*, note 39, p. 23.

70. H. KELSEN, *op. cit.*, note 48, p. 79. Voir également sur le même sujet M.E. AGAZZI, «Problèmes éthiques de la procréation artificielle», dans *Procréation artificielle, génétique et droit*, Zurich, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 1986 p. 55.

71. J. B. D'ONORIO, «Biologie, morale et droit» (1986) J.C.P. 3261.

72. G. BOURGEAULT, *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1990, p. 53.

La tendance française préfère utiliser le mot «morale» alors que la tendance anglo-saxonne adopte à l'origine le terme «éthique».

À l'imbroglio philosophique s'ajoute une autre confusion engendrée par l'usage courant des termes et qui semble davantage lier l'éthique aux sciences humaines qu'à la philosophie. La morale renvoie à une norme abstraite alors que l'éthique se rapproche des comportements et des attitudes⁷³. On parle même d'une éthique de situation. Comment peut-on expliquer ce revirement dans l'usage des termes? En fait, il semble que le mot «morale» ait pris, vers la fin du XX^e siècle une connotation négative alors que l'éthique se chargeait d'une «dimension affective»⁷⁴ plus favorable à son utilisation par la doctrine contemporaine.

Le mot «morale» fut privilégié par les sociétés occidentales marquées par la langue latine et le catholicisme. Le mot «éthique» apparut au Moyen-Âge et s'imposa dans les pays de religion protestante⁷⁵. *La morale philosophique fut associée à la morale catholique qui prenait de plus en plus un sens péjoratif, invoquant l'idée du conformisme et de traditionnalisme, alors que l'éthique correspondait à une signification plus ouverte et innovatrice*⁷⁶. *C'est ainsi que l'éthique a fini par supplanter la morale dans l'usage courant.*

Nous avons vu antérieurement que la morale au plan philosophique correspond à la science du bien et du mal qui donne naissance à des «morales», dont les religions⁷⁷. Comme il y a souvent confusion entre ces divers aspects de la morale, on peut logiquement déduire que les auteurs voulant distinguer la «morale» de la morale religieuse, optent pour l'utilisation du mot «éthique». Cette position résulte du pluralisme idéologique qui caractérise les sociétés occidentales. La justification des comportements sociaux ne peut reposer sur une croyance ou sur une morale particulière (religieuse ou autre) ou même sur la recherche d'un idéal commun puisqu'on ne s'entend plus collectivement sur le contenu de cet idéal ou sur ce qu'est le Bien⁷⁸. L'éthique serait le résultat de l'évolution de la morale pour répondre à de nouveaux impératifs sociaux.

73. L. COTTE, «Droit médical, éthique médicale et déontologie» (1989) *Journal de médecine légale* 131, 133.

74. P. GAUDETTE, *loc. cit.*, note 39, p. 27.

75. *Id.*

76. *Id.*

77. *Supra*, p. 16.

78. A. FAGOT-LARGEAULT, «La réflexion philosophique en bioéthique», dans *Bioéthique, méthodes et fondements*, M.H. PARIZEAU (dir.), Montréal, A.C.F.A.S., 1989, p. 4. Pour cette auteure: «Nous n'avons plus en commun, ni une tradition religieuse unanime, ni ce qui depuis le siècle des lumières en tenait lieu, une croyance en l'universalité de la loi morale inscrite au coeur de la nature humaine. Nous ne pouvons pas présumer que nous avons tous la même idée du Bien. Nous vivons le pluralisme. Il faut souvent tolérer pour des raisons morales, ce qu'on condamne soi-même pour des raisons morales».

Le pluralisme idéologique, protégé par la liberté de croyance, engendre donc une conception moderne de l'éthique, dénuée de tout caractère religieux ou idéaliste. Elle se traduit par une approche casuistique dans le respect maximum des différences individuelles. Dans un tel contexte sociologique, «la morale appartiendrait à la philosophie, tandis que l'éthique prendrait place et corps dans les débats interdisciplinaires»⁷⁹.

L'éthique, pluridisciplinaire, prend en considération les aspects sociologiques, économiques, philosophiques et moraux d'un problème particulier afin de justifier le plus rationnellement possible la solution privilégiée par la démarche éthique. *Ainsi, la morale nécessite, pour être fonctionnelle, un certain consensus social autour d'une idée du «Bien», ou de «l'idéal humain», alors que l'éthique moderne cherche à justifier rationnellement la légitimité de nos choix d'actions.* Cette justification rationnelle ne peut reposer sur une croyance ou sur une morale particulière puisqu'elle serait contraire au respect du pluralisme idéologique.

Nous croyons devoir souscrire, dans cette perspective, à la distinction faite entre la morale et l'éthique. Ainsi, l'éthique prend aujourd'hui le relais de la morale comme régulateur des comportements individuels et sociaux. Doit-on s'inquiéter de ce changement? Avons-nous raison d'abandonner la recherche d'un idéal commun au plan social? Devons-nous orienter notre choix vers «le monde meilleur parmi les mondes possibles»⁸⁰, en se résignant à ne jamais trouver le meilleur des mondes? Voilà ce qui constitue l'essentiel du débat philosophique auquel les sociétés occidentales sont confrontées présentement.

Néanmoins, l'éthique a le mérite de proposer des solutions acceptables aux problèmes modernes. La démarche s'avère ardue puisque ces solutions doivent répondre aux besoins à la fois des individus et de la société. En outre, l'éthique multidisciplinaire met en contact de nombreux professionnels, ce qui suppose une réflexion sur leurs attitudes et leurs comportements qui relève souvent de la déontologie.

C) La déontologie moderne, une théorie hybride issue de la morale et du droit

Le terme «déontologie» est issu des mots grecs «déontos» et «logos», signifiant «ce qu'il faut faire» et «discours». Étymologiquement la déontologie est donc le discours de ce qu'il faut faire⁸¹. Le mot fut créé par Jeremy Bentham

79. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 52.

80. G. A. LEGAULT, «Droit et bioéthique: l'inscription du sens», dans M.H. PARIZEAU (dir.), *Bioéthique, méthodes et fondements*, Montréal, A.C.F.A.S., p. 103.

81. P. GAUDETTE, *loc. cit.*, note 39, p. 24.

au XX^e siècle «pour désigner l'étude de ce qui est convenable au plan général de la vie sociale et du bien public»⁸². La déontologie, à cette époque, se rapproche énormément de la morale. Cependant, au fil du temps, on l'associe à un secteur particulier de l'activité humaine, celui des professions.

Il n'est pas sans intérêt de suivre, en premier lieu, l'évolution de la déontologie pour mieux comprendre la conception contemporaine de cette notion.

1 - Évolution et conception contemporaine de la déontologie

La déontologie peut se définir comme «la partie de l'Éthique traitant des devoirs moraux que crée, pour un individu, l'exercice d'une certaine profession»⁸³. Les règles morales, régissant les comportements de ceux qui exercent un rôle social particulier, sont établies depuis des millénaires. On en retrouve les traces dans les civilisations les plus anciennes, particulièrement en ce qui concerne la déontologie médicale considérée comme l'ancêtre de la déontologie moderne⁸⁴.

L'anthropologie révèle que la déontologie remonte aux civilisations de Sumer et de Babylone qui se développèrent, trois mille ans avant Jésus-Christ, dans la vallée du Nil et en Mésopotamie⁸⁵. Sous l'influence des civilisations grecques, la médecine a évolué vers des considérations philosophiques⁸⁶. Un changement majeur s'amorce avec la contribution d'Hippocrate à la déontologie médicale. Les préceptes déontologiques connus sous le nom de «serment d'Hippocrate» datent du IV^e ou V^e siècle avant notre ère⁸⁷. Il introduit l'obligation pour le médecin de respecter le malade, de préserver le caractère confidentiel des informations reçues et d'honorer la profession. Peu à peu, d'autres codes apparaîtront, tels que le Traité de Perceval, le Code de Nurembourg, la Déclaration d'Helsinki, etc.⁸⁸.

Lentement, on codifie les préceptes moraux relatifs à l'exercice de la médecine; puis, la déontologie s'étend à d'autres professions comme le droit,

82. L. COTTE, *loc. cit.*, note 73, p. 134.

83. F. MARCOUX, *Droit médical et déontologie*, Paris, Librairie Maloine S.A., 1970, p. 73.

84. *Id.* L'auteur Marcoux écrit à ce sujet: «L'origine de la déontologie se confond avec celle de la médecine. En effet, dans les millénaires qui ont précédé notre ère (...) les préceptes moraux en usage dans la profession médicale étaient déjà édifiés. Transmis de maître à disciples, ils inspiraient la conduite de ceux qui avaient la vocation de soigner».

85. *Id.*, p. 74.

86. *Id.*, p. 75.

87. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 189. Le serment d'Hippocrate, encore prononcé par les médecins lors de leur admission dans la confrérie, constitue un engagement, de la part des professionnels, de donner assistance à tous ceux qui auraient besoin de leurs soins.

88. *Id.*

l'architecture, la pharmacologie, etc. Les obligations imposées aux professionnels s'accompagnent de certains privilèges tels que la reconnaissance sociale et économique.

L'époque moderne fait apparaître la nécessité de rendre publiques les règles qui gouvernent les comportements des professionnels, d'où la naissance des codes de déontologie. Le droit positif envahit la déontologie par la reconnaissance juridique des normes morales contenues dans les codes déontologiques⁸⁹.

Les codes de déontologie contiennent de véritables règles juridiques ayant comme effet, entre autres, d'entraîner des sanctions. Nous sommes passés des règles coutumières aux règles codifiées et on se rapproche ainsi du droit pénal où il n'y a pas de faute sans un texte qui la prévoit expressément⁹⁰.

Les fondements essentiels des codes de déontologie reposent d'abord sur des valeurs morales, d'où le caractère hybride de la déontologie moderne. Une fois codifiée, la règle s'impose aux professionnels; *elle prend la forme du droit et son contenu réfère à la morale, comme système normatif des comportements, plus qu'à l'éthique comme réflexion critique sur le comportement à adopter*, ce qui nous amène à distinguer l'éthique professionnelle de la déontologie. Cette dernière «se situe spontanément dans la sphère du consensuel et du législatif, identifiant les devoirs qu'une profession croit devoir assumer à un moment donné de son histoire⁹¹, alors que l'éthique professionnelle désigne «un effort de réflexion sur les déontologies existantes afin de les critiquer et de les renouveler...»⁹².

L'éthique professionnelle, beaucoup plus large que la déontologie, amène le professionnel à s'interroger sur les actes qu'il pose, alors que la déontologie, devenue une norme réglementaire, impose au professionnel un comportement obligatoire.

La réflexion issue de l'éthique professionnelle se confronte aux mêmes difficultés que celles rencontrées dans l'établissement des fondements du droit moderne. Les professionnels constituent une collectivité à l'image de la société, c'est-à-dire pluraliste, rendant difficile l'intégration, par eux, de normes communes. La réflexion éthique sur la déontologie s'amorce à peine, ce qui explique que les règles morales rencontrées dans la plupart des codes de

89. F. Marcoux, *op. cit.*, note 83, p. 88.

90. L. BERGEAT, «La faute disciplinaire sous le Code des professions», (1978) *R. du B.* p. 3, 11.

91. P. GAUDETTE, *loc. cit.*, note 39, p. 29.

92. *Id.*

déontologie se ressemblent encore considérablement. Dans cette optique, nous traiterons brièvement des valeurs morales sur lesquelles reposent la déontologie.

2 - L'idéologie sous-jacente à la déontologie

L'idéologie sous-jacente à la déontologie repose sur des valeurs morales héritées de la tradition judéo-chrétienne⁹³. *Le véritable fondement de la déontologie repose sur la conscience professionnelle, aboutissement de l'intégration de normes morales particulières par des individus généralement éduqués d'une manière conformiste*. L'assimilation par les professionnels des valeurs traditionnelles les force à adopter une conduite appropriée, c'est-à-dire conforme à celle d'une personne capable d'exercer, sur elle-même, un contrôle moral efficace⁹⁴. Dans cette optique, les codes et les comités disciplinaires ne joueraient plus qu'un rôle supplétif puisque le professionnel serait un individu imprégné du sens du devoir et capable de bien agir sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours aux pressions ou aux sanctions⁹⁵.

On peut certainement s'interroger sur la correspondance entre la réalité des rapports professionnels modernes et la conception idéaliste du professionnel qui le guiderait dans ce dernier cas vers le respect de ses clients, du secret professionnel, vers l'altruisme, le dévouement et le désintéressement. Cependant, de telles qualités morales s'avèrent encore nécessaires à cause des connaissances techniques et scientifiques dont le professionnel est le détenteur exclusif⁹⁶. Même si le professionnel trouve sa plus grande satisfaction dans le travail consciencieux et dans le sentiment d'avoir accompli son devoir⁹⁷, des transformations majeures en regard de l'activité professionnelle nous amènent à remettre en cause l'efficacité d'une conception élitiste de la déontologie et à nous interroger sur la nécessité d'un renouvellement déontologique.

3 - La nécessité d'un renouvellement déontologique

On peut s'interroger, en premier lieu, sur l'efficacité réelle de la déontologie telle que définie antérieurement. En effet, les professionnels sont souvent confrontés à des problèmes particuliers pour lesquels les codes ne sont d'aucune utilité. Dans le domaine médical, par exemple, on soulève les

93. L. O'NEIL, «Déontologie : pour la mise à jour de l'héritage», dans *L'Éthique professionnelle, réalité du présent et perspective d'avenir au Québec*, Cahiers de Recherche Éthique 13, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1989, p. 32.

94. G. DUSSAULT et L. O'NEIL, *La déontologie professionnelle au Québec*, Laval, Cahiers de l'I.S.S.H., 1977, p. 143.

95. *Id.*, p. 144.

96. *Id.*, p. 147.

97. L. O'NEIL, *loc. cit.*, note 93, p. 33. Ainsi, la tradition est à l'effet que l'on parle, dans son cas, d'honoraires plutôt que de paiement ou de rémunération. Le concept d'honoraires référant plutôt à l'idée d'un dédommagement pour une personne qui agit de façon altruiste.

dilemmes engendrés par les questions de l'avortement, de l'euthanasie, du droit à la vérité pour un patient atteint d'une maladie incurable, etc.

En outre, les codes de déontologie axés sur les rapports entre le professionnel et son client ou patient, particulièrement dans le cadre de la pratique privée, ne répondent plus à la réalité, caractérisée par la diversification de la pratique professionnelle.

D'une part, on assiste à une spécialisation accrue des professionnels, tel le spécialiste qui consacre tous ses efforts à l'étude des nouvelles technologies de la reproduction, l'avocat qui limite sa pratique au droit criminel, le psychiatre qui agit principalement à titre d'expert pour la Cour, etc. La spécialisation entraîne, en conséquence, des difficultés dans la rédaction d'un code qui doit être identique pour tous les membres d'une même profession. C'est peut-être ce qui explique pourquoi les codes se contentent généralement de référer à des valeurs morales telles que l'honnêteté et la justice, des concepts en soi fort importants, mais faut-il rappeler qu'un code de déontologie doit indiquer les comportements à adopter ou à proscrire pour être honnête et juste⁹⁸.

D'autre part, plusieurs professionnels sont maintenant des salariés syndiqués. Cette situation peut entraîner des conflits de valeurs entre les règles déontologiques et syndicales. Le travail professionnel à titre de salarié ne fait pas disparaître les obligations morales, mais dans ce contexte, elles seront «assumées collectivement dans des unités où interviennent plusieurs catégories de praticiens, des directeurs de service, des secrétaires, des documentalistes, etc.»⁹⁹.

Les professionnels subissent également les pressions du milieu social caractérisé par le culte de l'argent et de la réussite sociale. Cette situation rend difficile l'application de codes prônant l'altruisme et le désintéressement professionnel comme le constatent d'ailleurs les auteurs Dussault et O'Neil :

«Selon une estimation communément répandue l'argent est le signe du succès, la preuve de l'intelligence, de l'ingéniosité et du travail. Les signes extérieurs de richesse font partie des critères qui distinguent les professionnels compétents de ceux qui ne le sont pas»¹⁰⁰.

Enfin, comme on l'a constaté antérieurement, il n'y a plus dans nos sociétés occidentales de consensus moral sur les valeurs à privilégier. Nous vivons le pluralisme et cette situation rend excessivement difficile

98. G. DUSSAULT et L. O'NEIL, *op. cit.*, note 94, p. 53.

99. L. O'NEIL, *loc. cit.*, note 93, p. 34.

100. G. DUSSAULT et L. O'NEIL, *op. cit.*, note 94, p. 151.

l'établissement de règles déontologiques pouvant faire l'unanimité chez les professionnels¹⁰¹. Les valeurs matérialistes ont envahi l'ensemble des professions, ce qui rend encore plus nécessaire l'intervention de l'éthique pour réévaluer l'efficacité des règles déontologiques.

En effet, tous ces éléments réunis permettent de douter de l'efficacité des codes de déontologie actuels qui apparaissent comme déphasés. En fait, le caractère individualiste et élitiste de la déontologie semble révolu. On doit s'orienter vers une optique plus sociale¹⁰² et réaffirmer le désintéressement professionnel et la nécessité d'une prise de conscience sociale de la part des professionnels. La déontologie traditionnelle conçoit le devoir professionnel dans le cadre d'une pratique individuelle, laissant peu de place à la réflexion sur les impacts sociaux de la pratique professionnelle, d'où l'importance accordée à l'intégrité et à la conscience professionnelle. Cette approche restrictive de la déontologie empêche les professionnels de voir les situations contradictoires où ils se trouvent parfois placés¹⁰³. La déontologie prône le service au public, mais s'agit-il de services individuels ou collectifs? Quand une région éloignée, par exemple, est privée de certains services médicaux, la «corporation» professionnelle des médecins doit-elle encourager l'établissement des médecins en région ou doit-elle se limiter à défendre les droits acquis et la liberté d'établissement des médecins? Dans l'optique d'une déontologie sensible aux conséquences sociales de la pratique professionnelle, l'idée de service au public ne signifie pas seulement que chaque professionnel doit dispenser des services de qualité au public, mais également que les professionnels doivent s'assurer que la majorité des bénéficiaires reçoivent des services de qualité.

Le renouvellement déontologique passe donc par le développement de la conscience sociale des professionnels. Le passage de l'individualisme au collectivisme est rendu nécessaire par le développement technologique et les problèmes sociaux auxquels nous devons faire face. La protection de l'environnement, la propagation du sida, les manipulations génétiques constituent autant de questions qui nécessitent une approche collective et multidisciplinaire. Les codes actuels ne répondent pas ou peu à ces nouvelles réalités puisqu'ils demeurent encore aujourd'hui attachés à une morale individualiste¹⁰⁴.

Pourtant, malgré les failles de la déontologie, elle demeure un élément essentiel; elle est présentement un élément de contrôle, comme le droit positif, et doit devenir également un élément de socialisation et de responsabilité.

101. L. O'NEIL, *loc. cit.*, note 93, p. 35.

102. G. DUSSAULT et L. O'NEIL, *op. cit.*, note 94, p. 234.

103. *Id.*, p. 149.

104. L. O'NEIL, *op. cit.*, note 93, p. 37.

Les valeurs véhiculées par la déontologie sont précieuses et représentent un ensemble de normes et de principes humanitaires développés au fil des siècles. Ces principes demeurent valables malgré les mutations sociologiques contemporaines. À la déontologie individualiste, on doit ajouter un volet collectif pour élargir le rôle social des professionnels. C'est seulement de cette manière que les professions libérales pourront devenir libératrices¹⁰⁵. *L'éthique et la morale devront nécessairement venir au secours de la déontologie pour promouvoir ces valeurs collectives.*

Conclusion à la première partie

Dans notre première partie, nous avons retracé le rôle de la morale dans l'évolution des fondements du droit, ce qui nous a permis de constater que *le droit naturel reposait sur la morale alors que le positivisme juridique s'inspirait des mœurs*. Le fondement du droit moderne contemporain demeure ambigu. En effet, on sait qu'il ne s'identifie ni aux mœurs ni à la morale, mais qu'il procède de l'un et de l'autre par la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne.

Après avoir défini et comparé la morale et le droit, nous avons constaté que l'utilisation du mot «éthique» a fini par remplacer le terme «morale» chez la plupart des auteurs. Il ne s'agit pas uniquement d'une question de terminologie puisque *la morale réfère au caractère d'idéalité. En morale, il y a une vérité morale vers laquelle doivent tendre les êtres humains. Cette morale donne naissance à des «morales», c'est-à-dire des systèmes normatifs organisés. L'éthique, du moins dans son sens actuel, réfère plutôt à une recherche consensuelle, à la justification rationnelle de nos choix individuels et collectifs*. Cette démarche éthique multidisciplinaire nous a finalement menés vers la déontologie. Constituée d'abord par des règles morales coutumières, celles-ci sont devenues par la suite des normes codifiées comme des règles de droit positif.

Après avoir examiné les concepts fondamentaux en matière de morale, de droit, d'éthique et de déontologie, nous pouvons maintenant étudier plus particulièrement les diverses interactions qui surviennent entre l'éthique et le droit.

105. *Id.*, p. 39.

DEUXIÈME PARTIE

LA CONVERGENCE INÉVITABLE ENTRE L'ÉTHIQUE ET LE DROIT

Nul ne peut contester le rôle social prépondérant du droit. Nous sommes d'ailleurs, aujourd'hui, inondés sous une avalanche de lois, de règlements et de directives administratives, comme si le droit était la seule structure capable de diriger nos actions¹⁰⁶. Cependant, le développement technologique et la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux conduisent à s'interroger sur la rationalité de ces règles juridiques.

L'éthique s'impose, à ce titre, de plus en plus comme un élément fondamental de ce questionnement. En réalité, l'éthique et le droit ont le même rôle, celui d'éclairer nos choix individuels et collectifs en vue d'un aménagement pacifique de la vie sociale. Les questions primordiales soulevées par l'éthique peuvent se résumer ainsi: devons-nous faire tout ce que nous sommes aujourd'hui en mesure de faire? Les découvertes scientifiques s'avèrent-elles aussi bénéfiques qu'on le laisse entendre? Si oui, pour qui le sont-elles et dans quels cas?

Le rôle de l'éthique consiste à justifier la rationalité de nos choix d'actions. Le droit, pour sa part, doit établir les aménagements juridiques garantissant l'exercice le plus complet et le plus réel de la liberté de chacun, dans le respect de l'intégrité et de la dignité de tous. Quelle sera la contribution de l'éthique à cette tâche difficile qui relève, en premier lieu, du domaine juridique? En plus de favoriser l'émergence des règles juridiques, l'éthique n'est-elle pas en train de s'affirmer comme le fondement du droit moderne?

C'est dans cette optique que nous consacrons notre deuxième partie à expliquer pourquoi la convergence entre l'éthique et le droit devient nécessaire pour favoriser une meilleure organisation de la société. Afin de mieux saisir les rapports particuliers de l'éthique et du droit, nous examinerons la fonction du droit positif en regard de la morale et de l'éthique. Nous verrons que le droit positif, parce qu'il est l'ordre normatif le plus élevé, confirme, interdit ou privilégie certains comportements qui ont été, dans un premier temps, imposés par «les morales» issues de la «morale philosophique». Puis, nous indiquerons pourquoi l'éthique a fini par supplanter la morale dans l'interprétation des règles juridiques à cause du pluralisme idéologique consacré par la Charte canadienne. Cette constatation nous conduira à délaisser le terme «morale» pour adopter celui d'«éthique» qui répond mieux aux exigences de notre époque. Nous

106. Voir à ce sujet : J. DUFRESNE, *Le procès du droit*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1987, 127 p.

traiterons, ensuite, de la rencontre inévitable entre l'éthique et le droit dans le domaine des sciences biomédicales. Nous compléterons notre exposé en montrant les apports de l'éthique et du droit dans la recherche de solutions nouvelles pour répondre aux questions soulevées par les problèmes auxquels les sociétés occidentales sont confrontées présentement.

CHAPITRE I : LA FONCTION DU DROIT POSITIF DANS SES RAPPORTS AVEC L'ÉTHIQUE ET LA MORALE

Rappelons que nous avons déjà identifié le droit et les «morales» comme des systèmes normatifs¹⁰⁷. Néanmoins, le droit positif a préséance sur «les morales» et cette suprématie s'explique d'un point de vue sociologique; les règles juridiques s'imposent parce qu'elles s'intègrent à un ordre juridique, ce qui n'est pas le cas des règles morales. On reconnaît un ordre juridique au système chargé de créer et de gérer les normes. Le pouvoir de ce système se fonde sur la reconnaissance sociale qu'on lui attribue¹⁰⁸.

Selon le sociologue Guy Rocher, ce n'est pas la coercibilité ou l'efficacité des règles juridiques qui les distinguent des règles morales. Certaines religions ou sectes religieuses imposent parfois à leurs membres des normes très contraignantes dont l'efficacité est indiscutable. La primauté de la règle juridique ne provient pas de la règle elle-même, mais de l'organisation mise en place autour de la règle. En effet, la règle juridique émane d'un agent autorisé, le système législatif. Elle est soumise à un agent qualifié pour l'interpréter, le système judiciaire, et elle est mise en oeuvre par des agents en autorité, la police ou les fonctionnaires désignés à cet effet¹⁰⁹.

L'organisation sociale entourant le droit positif lui donne préséance sur les autres systèmes normatifs. Ainsi, le droit encadre «les morales». Pour leur part, les tribunaux jouent un rôle important dans l'interprétation du droit. Depuis longtemps, le droit confie aux juges le pouvoir d'interpréter la loi à partir d'un consensus social sur la portée du terme «morale», mais l'avènement de la «technoscience» engendre de nouveaux conflits entre les valeurs morales. De plus, le pluralisme idéologique consacré par les Chartes oblige les tribunaux à justifier leur décision en regard de l'éthique plutôt que de la morale. Cette transformation sociale accroît le pouvoir des tribunaux, en leur confiant dorénavant un pouvoir éthique.

107. *Supra*, p. 16.

108. G. ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91.

109. *Id.*, p. 105.

A) Le droit, un encadrement «des morales»

Le caractère ultime de la règle juridique conduit le droit à confirmer, à interdire ou à privilégier, dans certains cas, des comportements qui se sont d'abord imposés comme des normes morales issues de la morale philosophique. Illustrons brièvement ces différentes situations.

Le *Code civil du Québec* confirme plusieurs valeurs morales telles que le principe de l'inviolabilité de la personne humaine¹¹⁰ ou l'impossibilité pour une personne ayant une conduite notoire d'être nommée tuteur¹¹¹. On trouve aussi dans le droit de la famille d'autres exemples comme l'obligation de respect et de fidélité entre les époux¹¹² et le devoir pour l'enfant de respecter ses parents¹¹³, etc.

Le droit interdit, le plus souvent, des actes considérés comme contraires à la morale philosophique. Tout le droit criminel repose sur ce principe. On en retrouve également plusieurs illustrations en droit privé. L'article 25 du *Code civil du Québec* interdit la vente d'une partie du corps non susceptible de régénération. Le nouveau *Code civil du Québec* introduit de nouvelles prohibitions telles que l'impossibilité de recevoir une contrepartie financière autre qu'une indemnité compensatoire pour avoir participé à une expérimentation¹¹⁴, ou l'interdiction des conventions de procréation ou de gestation pour autrui.¹¹⁵

Le droit doit également privilégier certaines normes morales au détriment des autres. Le caractère supra législatif de la Charte canadienne en est un exemple particulier. On peut également en citer d'autres, notamment l'article 39 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹¹⁶ qui oblige toute personne, même liée par le secret professionnel¹¹⁷, à signaler au directeur de la protection de la jeunesse la situation d'un enfant soumis à de mauvais traitements physiques ou à des abus sexuels.

Le droit apparaît, en dernier ressort, comme norme ultime à laquelle tous les citoyens sont soumis. Le droit doit assumer cette fonction pour contrer les abus et assurer une certaine uniformité des comportements susceptibles de

110. Art. 10 du *C.c.Q.*

111. Art. 179 *C.c.Q.*

112. Art. 392 *C.c.Q.*

113. Art. 597 *C.c.Q.*

114. *Id.*, art. 25 *C.c.Q.*

115. *Id.*, art. 541 *C.c.Q.*

116. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

117. Exception faite de l'avocat qui reçoit ces informations dans l'exercice de sa profession.

favoriser la paix sociale. Le droit positif réfère, quelquefois, directement à une règle morale en laissant les tribunaux interpréter le sens des règles juridiques.

B) De la décision morale à la décision éthique, le rôle accru des tribunaux

Le droit confie aux tribunaux le pouvoir d'interpréter la loi. Il n'y a pas si longtemps, un certain consensus social existait sur les valeurs morales à privilégier. La morale philosophique se traduisait par «des morales» qui imposaient à la majorité des citoyens les comportements à adopter et les juges pouvaient fonder leurs décisions sur des valeurs morales partagées par la collectivité. L'éclatement du consensus social force dorénavant les tribunaux à interpréter le droit d'une façon séculière, dans le respect des différences individuelles. C'est dans cette perspective que l'on peut dire que nous sommes passés d'une décision judiciaire fondée sur la morale à une décision judiciaire fondée sur l'éthique.

1- La décision morale antérieure fondée sur un consensus social

Le juge, lorsqu'il est saisi d'un litige, a l'obligation de juger. L'article 41.2 de la *Loi sur l'interprétation*¹¹⁸ se lit ainsi:

«Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi».

Lorsque la loi est insuffisante, obscure ou silencieuse, le juge peut invoquer le précédent judiciaire. Mais, s'il ne trouve pas dans la jurisprudence la réponse espérée, il peut créer une fiction juridique. Dans la mise en place et dans l'interprétation de cette fiction, le juge est influencé par les valeurs morales de la société et par ses conceptions personnelles de la justice. Dans un tel cas, l'interprétation du juge doit rencontrer l'assentiment de l'ensemble des citoyens. Les tribunaux obtiennent l'approbation de la société en démontrant l'équité de leurs jugements et maintiennent ainsi la paix judiciaire¹¹⁹.

La loi peut aussi laisser au juge le soin d'apprécier le litige à partir d'une règle morale. L'exemple le plus connu est, sans aucun doute, l'article 13 du *Code civil du Bas Canada* :

«On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs».

118. L.R.Q. c. 1-6.

119. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 10, p. 64.

Le législateur a choisi, en qualifiant de «bonnes» les mœurs, de laisser au juge l'opportunité d'évaluer ce qui est considéré comme moralement acceptable par l'ensemble des citoyens. De la même façon, le droit criminel laisse au juge une marge de manoeuvre appréciable relativement à la fixation de la peine selon la gravité morale du délit. Le domaine des obligations, en droit privé, exige du tribunal l'évaluation de la bonne ou de la mauvaise foi des parties¹²⁰. En responsabilité civile, il doit aussi juger du caractère fautif des comportements donnant lieu à la poursuite judiciaire¹²¹. Certains jugements en droit de la famille montrent le souci d'équité des tribunaux, notamment dans la répartition des biens entre les ex-conjoints¹²².

Il y a quelques années, des règles morales établies auxquelles adhéraient une majorité de citoyens facilitaient grandement le rôle des juges. Mais cette époque semble révolue. Nous vivons le pluralisme idéologique et la définition des «bonnes mœurs» et de la «bonne conduite» devient plus complexe que jamais. Les juges sont conscients de la difficulté d'agencer un droit présentement en mutation avec des règles morales devenues pluralistes¹²³. Confrontés à la diversité des idéologies et au respect des différences individuelles, forcés de justifier toutes limitations aux libertés fondamentales¹²⁴ et obligés de juger, les tribunaux doivent faire des choix. Cette situation se traduit par une augmentation du niveau de difficulté dans l'exercice de la magistrature, mais elle s'accompagne également d'un pouvoir accru pour les juges.

2- La décision éthique contemporaine, un choix entre les différentes valeurs individuelles et sociales

Les juges exercent depuis l'adoption des Chartes une fonction très importante. Les tribunaux doivent dorénavant déterminer l'étendue de leurs pouvoirs, définir le contenu des droits et libertés protégés par la Constitution et fixer, à partir des litiges qui leur sont soumis, la priorité des valeurs fondamentales entre elles. Comment peut-on qualifier ce pouvoir? En réalité, le législateur a confié aux juges un véritable pouvoir éthique¹²⁵.

On a défini *l'éthique comme une justification rationnelle des choix individuels et collectifs*. Or, la fonction de juges consiste maintenant à clarifier

120. Art. 1404 C.c.Q.

121. Art. 1457 C.c.Q.

122. L. LEBEL, «L'éthique et le droit dans l'administration de la justice (ou le juge fait-il la morale?)», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des Éditions Fides, 1991, p. 167.

123. *Id.*, p. 163.

124. Art. 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 7.

125. Voir à ce sujet: G. A. LEGAULT, «La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada», (1989) 1 *Ethica* 95 duquel nous nous sommes largement inspiré.

les valeurs démocratiques protégées par la Charte. *Cette clarification ne doit pas reposer sur une conception morale ou religieuse particulière puisque la Constitution, en reconnaissant la liberté d'opinion, de conscience et de religion, interdit une telle interprétation.* Mais, la véritable fonction éthique des juges apparaît lorsqu'ils doivent se prononcer sur le caractère raisonnable d'une limitation à un droit fondamental¹²⁶. En se prononçant sur cette question, les tribunaux doivent privilégier certaines valeurs fondamentales aux dépens des autres et justifier rationnellement leurs conclusions.

La question controversée de l'avortement permet d'illustrer nos propos. L'arrêt *Daigle c. Tremblay*¹²⁷, rendu par la Cour d'appel du Québec, montre comment les juges s'acquittent de la fonction éthique dont ils ont hérité. Dans ce jugement, le tribunal reconnaît que le fœtus possède la personnalité juridique¹²⁸. Cette constatation l'oblige à choisir entre deux valeurs fondamentales, *le droit à la vie* du fœtus et *le droit à la liberté* de la mère de mener ou non à terme sa grossesse. Le tribunal conclut que le droit à la vie prime dans l'espèce sur le droit à la liberté de la mère. Pour le juge Bernier:

«... les motifs invoqués par l'appelante ne sont pas suffisamment sérieux pour priver l'enfant conçu au droit d'être porté à terme, et de naître. (...) Dans les circonstances, le fait que l'appelante ait rompu la vie commune ne constitue pas à mon avis, un motif suffisant pour mettre fin (...) à une grossesse aussi avancée»¹²⁹.

Le tribunal doit justifier les raisons qui l'amènent à opter pour le droit à la vie plutôt que le droit à la liberté, et selon Georges Legault:

«Cette question s'adresse directement aux finalités et à la rationalité qui justifie qu'un intérêt passe avant celui d'un autre. Or, cette évaluation de la rationalité des fins, est celle propre de l'éthique»¹³⁰.

C'est ainsi que les tribunaux lorsqu'ils interprètent les Chartes, fondent leurs décisions sur l'éthique. Un domaine particulier du droit semble prédisposé aux conflits éthiques, il s'agit du droit médical. Le développement spectaculaire des sciences biomédicales entraîne tellement de questionnements éthiques qu'il aurait donné naissance à une nouvelle discipline, la bioéthique.

126. *Id.*, p. 106.

127. [1989] R.J.Q. 1735.

128. Infirmé par la Cour suprême, [1989] 2 R.C.S. 530.

129. *Daigle c. Tremblay*, précité, note 127, 1735, 1739.

130. G. A. LEGAULT, *loc. cit.*, note 125, p. 108.

CHAPITRE II: LE DÉVELOPPEMENT DES SCIENCES BIOMÉDICALES COMME POINT DE RENCONTRE ENTRE L'ÉTHIQUE ET LE DROIT

Nous avons vu plus haut que la démarche éthique contribue à éclairer les décisions prises par les tribunaux dans l'interprétation des Chartes. La mise en oeuvre des nouvelles technologies médicales exige également des différents intervenants un effort de clarification des concepts et une justification rationnelle de leurs choix d'action. Il s'agit précisément, dans cette hypothèse, du processus éthique, et cette démarche a reçu pour nom «bioéthique».

Après avoir défini la bioéthique, nous illustrerons comment les sciences biomédicales enchevêtrent l'éthique et le droit. Puis, nous nous interrogerons sur la responsabilité éthique ou juridique relative à la normalisation des comportements en bioéthique.

A) L'évolution de l'éthique pour répondre à des interrogations nouvelles

Les développements spectaculaires de la biomédecine ont redonné la vedette aux questionnements éthiques occultés, depuis quelques années, par une vague de libéralisme idéologique. Les craintes engendrées par la «technoscience» ont provoqué des interrogations au plan de l'éthique. Ces discussions favorisent l'émergence d'un consensus autour de certains paramètres bioéthiques et mettent en relief l'importance du débat éthique.

1- Définition de la bioéthique

Le terme «bioéthique» aurait été créé par Van Potter et signifie, selon lui, «la rencontre du savoir biologique et des valeurs humaines»¹³¹. Plusieurs auteurs se sont ensuite approprié le terme, lui prêtant un sens particulier selon leur vision respective. Certains y voient, selon Guy Bourgeault, «le prolongement de l'ancienne morale médicale, dépassée dont elle prendrait le relais»¹³². Les philosophes et les théologiens y voient souvent une occasion de renouvellement de leurs disciplines¹³³. Les juristes y contribuent sous la pression des scientifiques désireux de voir leurs réalisations s'inscrire dans la légalité¹³⁴. Les sociologues, les psychologues, les économistes et les politiciens ne peuvent éviter le débat, car les impacts de la biomédecine se font sentir dans de

131. H. DOUCET, «La bioéthique comme processus de régulation sociale: la contribution de la théologie», dans M.H. P. PARIZEAU (dir.), *Bioéthique, méthodes et fondements*, Montréal, A.C.F.A.S., 1989, p. 79.

132. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 26.

133. *Id.*

134. *Id.*

nombreuses disciplines professionnelles montrant ainsi le caractère fondamentalement multidisciplinaire de la bioéthique¹³⁵. Alors qu'autrefois le moraliste avait le dernier mot sur l'acceptation ou le rejet des comportements qualifiés de moraux ou d'immoraux, il n'est plus aujourd'hui qu'un participant comme les autres dans le débat éthique¹³⁶.

La bioéthique est née dans les années soixante aux États-Unis «du constat de l'incapacité des morales en place - dont la morale catholique - à faire face à l'émergence de situations nouvelles dans le domaine biomédical»¹³⁷. Les théologiens et les philosophes ont tenté d'élaborer un discours nouveau et crédible dans une société dorénavant pluraliste et de moins en moins soumise aux préceptes moraux traditionnels. La démarche bioéthique s'est d'abord caractérisée par un effort «d'évaluation des circonstances»¹³⁸, conduisant à l'établissement d'une «éthique de situation biomédicale» préoccupée par une approche casuistique, n'excluant pas pour autant l'analyse rigoureuse et logique des situations problématiques. Peu à peu, le champ de la bioéthique s'est agrandi au fil des découvertes scientifiques. Cet élargissement de la bioéthique favorisa l'implication des spécialistes, mais également celle du public.

Un auteur, après avoir étudié le concept de bioéthique, en donne la définition suivante :

«Une autre école de pensée, à laquelle je m'associe, considère la bioéthique comme une approche nouvelle, orientée vers la prise de décision, des enjeux éthiques liés à l'utilisation croissante des technologies touchant directement à la vie humaine et à la santé»¹³⁹.

La bioéthique apparaît donc comme un secteur particulier de l'éthique moderne. Il s'agit de la clarification des concepts reliés à la biomédecine et de la justification des attitudes et des comportements en regard d'un problème biomédical.

Poursuivant son étude sur la bioéthique, le professeur Bourgeault énonce sept caractéristiques fondamentales de la bioéthique. *Premièrement*, il s'agirait d'un «champ plutôt qu'une discipline»¹⁴⁰. Ainsi, on ne doit pas chercher à élever la bioéthique au rang de science ou de discipline puisque foncièrement

135. *Id.*, p. 27.

136. H. DOUCET, «Droit et éthique en bioéthique», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1991, p. 131.

137. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 26.

138. *Id.*, p. 27.

139. *Id.*, p. 28.

140. *Id.*, p. 29.

multidisciplinaire, elle ne doit pas devenir l'apanage exclusif des bioéthiciens. *Deuxièmement*, la bioéthique est une «approche définie par le développement des technologies»¹⁴¹. *Troisièmement*, elle concerne une «approche éthique plutôt que l'effort d'élaboration d'une morale ou d'une déontologie»¹⁴². L'éthique, comme nous l'avons mentionné antérieurement, ne se codifie pas et ne vise pas, comme la morale et la déontologie, l'établissement de normes considérées comme idéales dans une situation précise. L'éthique et la bioéthique proposent une réflexion sur la justification d'un comportement dans un cas précis, mais elles ne cherchent pas à instaurer cette justification comme modèle ultime pour les cas ultérieurs. *Quatrièmement*, la bioéthique apparaît comme «une approche casuistique orientée vers la prise de décision»¹⁴³. *Cinquièmement*, elle réside dans une «approche éthique séculière pour une société pluraliste»¹⁴⁴. Soumise, comme les autres, à l'obligation de respecter les droits fondamentaux de la personne, la bioéthique ne peut pas reposer sur une morale particulière : elle doit respecter le pluralisme idéologique. *Sixièmement*, elle est une «approche pluridisciplinaire et systématique»¹⁴⁵. *Septièmement*, la bioéthique consiste en un «acte démocratique»¹⁴⁶, puisqu'elle concerne chaque citoyen par sa manière particulière d'aborder la vie et la mort.

Si les développements technologiques sont la raison d'être de la bioéthique, on ne doit pas oublier que la biomédecine s'épanouit dans une société où les droits et libertés de la personne jouissent d'une popularité incontestée. Nous sommes entrés dans la tendance humaniste¹⁴⁷. La reconnaissance des droits fondamentaux par le droit positif accélère le processus éthique à l'égard de la biomédecine¹⁴⁸ et favorise l'émergence d'un consensus autour de certains paramètres bioéthiques.

2- Établissement d'un consensus autour de certains paramètres bioéthiques

Trois grands principes rencontrent l'assentiment des divers intervenants en bioéthique. Il s'agirait du «noyau dur»¹⁴⁹ de la bioéthique qui se traduit par

141. *Id.*

142. *Id.*

143. *Id.*, p. 30.

144. *Id.*

145. *Id.*

146. *Id.*, p. 31.

147. *Supra*, p. 12.

148. G. ROCHER, «La bioéthique comme processus de régulation sociale», dans M.H. PARIZEAU (dir.), *Bioéthique, méthodes et fondements*, Montréal, A.C.F.A.S., 1989, p. 56.

149. A. FAGOT-LARGEAULT, *op. cit.*, note 78, p. 5.

le respect de l'autonomie de la personne¹⁵⁰ et de la vie humaine ainsi que la non-commercialisation du corps et de ses organes¹⁵¹.

Le premier principe concerne donc le respect de l'autonomie de la personne, duquel résulte l'inviolabilité de la personne humaine. Tous les adultes juridiquement capables sont libres de se soumettre à des soins ou de participer à une expérimentation médicale. On ne peut passer outre à l'inviolabilité de la personne humaine sans obtenir un consentement libre et éclairé. Dans le cas des personnes incapables, il faut avoir recours au consentement substitut.

Le législateur avait déjà transformé en droit positif cette réflexion éthique par l'adoption des anciens articles 19 à 23 du *Code civil du Bas Canada*. Le nouveau *Code civil du Québec* reprend les mêmes principes aux articles 10 à 25 en y ajoutant d'autres précisions¹⁵².

La reconnaissance légale de ces principes oblige les juristes à se joindre aux éthiciens, aux philosophes et aux scientifiques pour interpréter le contenu de ces règles. Les juristes ont complété la réflexion éthique en établissant que les informations nécessaires pour l'obtention d'un consentement libre et éclairé doivent porter sur «la nature de l'acte, ses conséquences prévisibles, les risques éventuels, les autres traitements disponibles»¹⁵³. Pour être libre, le consentement doit être dénué de toute pression et de fraude. On doit porter une attention particulière aux populations captives comme les prisonniers, les militaires, les étudiants et les assistants de recherche, qui peuvent participer à une expérimentation par crainte d'être désapprouvés ou de déplaire¹⁵⁴. En ce qui concerne la recherche médicale non-thérapeutique, la jurisprudence accroît l'obligation d'information des médecins en leur imposant de dévoiler tous les risques connus, même rares ou éloignés, particulièrement s'il peut en résulter des conséquences graves¹⁵⁵.

Le deuxième principe bioéthique vise le «respect de la vie humaine». On peut s'interroger sur le sens à donner à ces termes. S'agit-il d'un respect absolu

150. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 40.

151. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 159, 165.

152. *Code civil du Québec*, précité, note 114. Cependant, on doit noter que le législateur semble avoir ouvert une brèche dans le principe de l'inviolabilité de la personne. En effet, l'article 44 du nouveau *Code civil du Québec* permet à deux médecins pouvant attester par écrit de l'urgence de la situation et de l'impossibilité d'obtenir un consentement, de prélever des organes sur une personne décédée. On peut s'interroger sur l'opportunité de permettre un tel accroc à l'inviolabilité de la personne humaine. L'urgence et la possibilité de sauver une vie sont peut-être des motifs suffisants pour justifier les modifications législatives, mais on doit faire preuve de prudence à cause des abus potentiels pouvant découler de cette entorse au principe de l'inviolabilité de la personne décédée.

153. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 43.

154. *Id.*, p. 44.

155. *Weiss c. Salomon*, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.).

de la vie humaine lié à la reconnaissance du caractère sacré de la vie, présent de Dieu, interdisant à quiconque d'y porter atteinte¹⁵⁶? Ou s'agit-il plutôt d'une présomption en faveur de la vie, ce qui implique que, dans certains cas, on pourra décider de passer outre au respect de la vie?¹⁵⁷

Le respect absolu de la vie humaine, peu important les situations, apparaît en réalité comme un principe dépassé. Avant la médecine moderne, on pouvait s'en remettre au déroulement naturel de la vie et de la mort. Mais les nouvelles technologies médicales permettant la survie, pour une période indéterminée, des malades comateux ou dont la mort cérébrale a été constatée, nous invitent à redéfinir le caractère absolu du respect de la vie. Il semble généralement admis qu'on s'oriente plutôt vers une présomption en faveur de la vie. Une telle présomption a pour effet de renverser le fardeau de la preuve, en contraignant celui qui veut agir à l'encontre du principe de respect de la vie à justifier la légitimité de son choix¹⁵⁸.

La présomption en faveur de la vie et le respect de l'autonomie de la personne, nous conduisent nécessairement vers la démarche éthique dans les situations où le respect absolu des deux principes s'avère impossible. Dans cette hypothèse, peut-on tenir compte de l'élément «qualité» de la vie pour renverser la présomption en faveur de la vie? Si oui, qui a le pouvoir d'apprécier la «qualité» de la vie, le sujet lui-même ou la société? Évaluer la qualité de la vie d'un patient qui refuse l'acharnement thérapeutique peut être justifiable, mais cette notion devient plus inquiétante dans le contexte d'une médecine onéreuse qui semble de moins en moins accessible à tous. Tenir compte de la qualité de la vie ne doit pas déboucher sur une sélection des individus qui nous rapprocherait de l'eugénisme¹⁵⁹.

Le troisième grand principe bioéthique concerne la non-commercialisation du corps et de ses organes¹⁶⁰. Les nouvelles technologies de la reproduction font parfois appel à des tiers, qui agissent à titre de donneurs de gamètes mâles ou femelles, ou au transfert d'embryon ou à la gestation pour autrui. Les transplantations d'organes nécessitent le prélèvement des organes sur une personne décédée ou même sur un donneur vivant (rein, poumon, moelle épinière). Quel est le statut de ces organes ou de ces gamètes? Outre le respect de la vie, y a-t-il également une obligation de respecter le corps humain? On a vu, depuis quelques années, des féministes revendiquer le droit exclusif de

156. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 155.

157. *Id.*, p. 159.

158. *Id.*, p. 160.

159. Le législateur, conscient des abus possibles en ce domaine, accorde une attention législative particulière au consentement substitut, favorisant ainsi la protection des plus faibles. Arts 11, 12, 15, 16 et 19 C.c.Q.

160. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 165.

disposer librement de leur corps. Ce droit existe-t-il vraiment? Et si le droit à l'avortement existe, pourquoi ne pourrait-on pas inférer également un droit à la libre disposition de ses organes avant ou même après la mort? Le législateur québécois a rapidement pris position en plaçant le corps humain hors commerce¹⁶¹, adoptant ainsi la position européenne sur ce sujet. En effet, «l'Europe s'oppose aux États-Unis sur le principe de la non-commercialisation du corps humain»¹⁶².

Ces interdictions légales reconnaissent un principe élaboré par la morale catholique et intégré subséquemment par la bioéthique. La non-commercialisation des organes humains apparaît comme une conséquence du respect de la personne, de sa vie et de son corps.

Au Québec, un certain consensus semble acquis, du moins en théorie, en ce qui concerne le respect des trois grands principes bioéthiques dont nous venons de faire état. En pratique de nombreuses questions se posent sur l'applicabilité de ces principes pourtant reconnus par le droit positif. Leur mise en oeuvre montre pourquoi le droit ne pourra jamais remplacer l'éthique. *Il appartiendra toujours à cette dernière de justifier, de critiquer et parfois de dénoncer les comportements et les attitudes en bioéthique, même prescrits par le droit, d'où l'importance du débat éthique.*

3 - L'importance du débat éthique

Les grandes interrogations bioéthiques concernent la vie et la mort. Les chercheurs, stimulés par l'aspect métaphysique de la vie et de la mort, s'acharnent à en percer les mystères, multipliant au fil de leurs découvertes des possibilités insoupçonnées. On a dissocié la sexualité de la reproduction, engendrant des liens inhabituels de filiation¹⁶³. La modification au génome humain est maintenant possible alors qu'on ignore avec certitude les résultats d'une telle modification, etc. Comment ces nouvelles techniques peuvent-elles se concilier avec les principes reconnus en bioéthique? Nous devons, en premier lieu, clarifier certains concepts.

Tous reconnaissent, par exemple, le principe de l'autonomie de la personne humaine, mais l'unanimité s'effrite lorsque l'on tente de définir le concept de «personne». Le mot «personne» tire son origine du mot latin «persona» signifiant «masque, rôle»¹⁶⁴. Le mot a été introduit par la suite dans

161. Art. 20, 25 et 541 C.c.Q.

162. J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit? - Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, P.U.F., 1987, p. 274.

163. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 114. Voir à ce sujet, J.L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *id.*, p. 218.

164. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 81.

le langage juridique : on parle alors de la personnalité juridique. Sous le droit romain, seuls les citoyens romains portaient le titre de «personne», contrairement aux étrangers ou aux esclaves¹⁶⁵. Puis, le mot «personne» s'est appliqué à tous les êtres humains. On parle aujourd'hui des droits de la personne comme une garantie d'égalité entre les individus. Mais le débat n'est pas clos pour autant. Les développements technologiques nous amènent à préciser de nouveau le sens du mot «personne». On sait déjà que les mineurs sont des personnes malgré le fait qu'ils ne puissent exercer seuls certains droits, mais qu'en est-il du fœtus¹⁶⁶, de l'embryon, de la cellule somatique et des patients neuro-végétatifs ou comateux? Le droit protège la personne humaine, mais c'est à l'éthique qu'incombe la tâche de tracer les limites de l'applicabilité du principe, sinon on devra s'en remettre aux tribunaux pour exercer cette fonction.

Le droit protège la vie humaine de la même manière, mais à quel moment la vie devient-elle humaine ou cesse-t-elle de l'être? Est-elle un événement biologique rudimentaire ou nécessite-t-elle une certaine conscience de la réalité ou la capacité de communiquer?¹⁶⁷ Tout le débat sur la question de l'avortement repose sur cette question philosophique, soit qu'est-ce qui caractérise la vie humaine?

Les transplantations d'organes ont conduit les éthiciens et les médecins à modifier les critères de détermination de la vie et de la mort. Antérieurement, on considérait l'arrêt des fonctions vitales comme le signe du décès. Aujourd'hui, la mort cérébrale est le critère reconnu¹⁶⁸. L'éthique et le droit doivent donc s'adapter aux changements technologiques. L'éthique joue le même rôle à l'égard de la biomédecine qu'à l'égard des tribunaux car la bioéthique revendique à maints égards le modèle des droits fondamentaux.

Ainsi, le principe de l'inviolabilité de la personne humaine est consacré par l'article 7 de la Charte canadienne¹⁶⁹. Le traitement médical, parce qu'il constitue une atteinte à l'intégrité physique, nécessite le consentement du bénéficiaire. Un adulte capable peut refuser de se soumettre à des soins de santé. Mais l'inviolabilité de la personne peut-elle justifier le droit de se laisser

165. *Id.*

166. La Cour d'appel de la Saskatchewan a statué que le fœtus n'est pas une personne dans *Borowski c. Attorney general of Canada*, (1987) 33 C.C.C. (3d) 402.

167. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 74.

168. *Regina c. Kitching and Adams*, [1976] 6 W.W.R. 697. Dans cet arrêt, la Cour recommande que les médecins puissent constater le décès en l'absence d'activité cérébrale pendant une période de 24 heures et que la mort soit constatée par deux médecins ne participant pas à la transplantation. L'article 22 du *C.c.B.C.* (devenu l'article 45 *C.c.Q.*) oblige deux médecins indépendants à constater le décès avant d'effectuer le prélèvement des organes.

169. M. HÉBERT, «L'application des Chartes canadienne et québécoise en droit médical», (1989) 30 *C. de D.* 495.

mourir?¹⁷⁰ Dans l'arrêt *Hôpital Notre-Dame*¹⁷¹, un individu s'était introduit un fil d'acier dans l'oesophage et refusait de consentir au traitement médical. Le juge Barbeau conclut de la façon suivante:

«De l'avis de la Cour le principe de l'inviolabilité de la personne humaine n'est pas absolu (...) Le respect de la vie, parce que conforme à l'intérêt même de la personne, prime le respect de sa volonté»¹⁷².

Pourtant, les tribunaux respectent généralement le principe de l'inviolabilité de la personne humaine même lorsqu'un refus de traitement risque d'entraîner la mort. Prenons comme exemples les Témoins de Jéhovah, auxquels la Cour a reconnu le droit de refuser une transfusion sanguine qui pourrait leur sauver la vie¹⁷³.

Cependant, lorsqu'il s'agit de personnes juridiquement incapables, les tribunaux acceptent plus difficilement de passer outre au droit à la vie et à la sécurité. Ainsi, ils n'hésitent pas à intervenir pour protéger la vie et la sécurité d'un enfant lorsque ses parents lui refusent l'accès à des soins de santé pour des raisons religieuses¹⁷⁴. La Cour considère également que le droit à la vie d'une enfant même très handicapée physiquement et mentalement l'emporte sur le droit des parents de refuser d'autoriser l'intervention chirurgicale, même s'ils plaident qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de la laisser mourir¹⁷⁵. S'agit-il d'une protection abusive où les souffrances humaines ont peu d'importance? Craint-on de prendre une décision à l'encontre du droit à la vie dans un cas comme celui-ci? Est-il plus facile de prendre une décision en faveur de la vie? Veut-on plutôt prévenir des abus potentiels en exigeant une preuve déterminante pour renverser la présomption en faveur de la vie? Peut-être!

En ce qui concerne les adultes inaptes qui refusent de se soumettre à des soins psychiatriques, les tribunaux ont statué à plusieurs reprises que le droit à la sécurité de ces personnes l'emportait sur le droit à la liberté, car elles se trouvent à ce moment incapables de faire un choix rationnel¹⁷⁶.

170. *Id.*, p. 501.

171. *Procureur général du Canada c. Hôpital Notre-Dame et un autre, et Jan Niemiec*, [1984] C.S. 426.

172. *Id.*

173. *Malette c. Shulman*, (1990) 72 O.R. (2d) 417.

174. *Montreal Children's Hospital c. Wong*, (1975) R.P. 344.

175. *Re. Enfant Maude Goyette*, [1983] C.S. 429.

176. M. HÉBERT, *loc. cit.*, note 169, p. 501. Voir également *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion et le curateur public de la province de Québec et le procureur général de la province de Québec*, [1983] C.S. 438 et *Institut Philippe Pinel c. Blais*, [1991] R.J.Q. 1969 (C.S.).

La propagation rapide du sida soulève également un problème éthique considérable relatif au secret professionnel. Rappelons que le droit au secret professionnel est expressément prévu par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁷⁷. On peut s'interroger sur le caractère absolu d'un tel droit. Par exemple, un médecin serait-il justifié, au plan éthique, d'aviser le conjoint d'un de ses patients séropositifs qui refuse de faire lui-même cette démarche? Le droit à la vie et à la sécurité de cette personne pourrait-il justifier une violation du secret professionnel? Le rôle de l'éthique est d'étudier la façon dont on peut aménager l'exercice de deux ou plusieurs droits dont la coexistence absolue s'avère impossible.

La «judiciarisation» de plusieurs situations en bioéthique favorise le débat public sur ces questions, mais il faut garder à l'esprit que la plupart des démarches éthiques se font d'une façon privée, à l'abri du système judiciaire. Des cessations de traitement se font régulièrement dans les hôpitaux québécois¹⁷⁸. Des parents, informés par une médecine obstétricale préventive des tares génétiques du fœtus, préféreront l'avortement à l'angoisse de donner naissance à un enfant handicapé dont la médecine moderne prolongera la vie dans une société qui n'aura probablement plus les moyens financiers de le prendre en charge. On pourrait multiplier ces exemples. Illustrons donc brièvement comment s'enchevêtrent l'éthique et le droit.

B) Illustrations de l'enchevêtrement de l'éthique et du droit

Les sciences biomédicales apparaissent comme un milieu d'observation privilégié des relations entre l'éthique et le droit. Nous verrons comment s'enchevêtrent l'éthique et le droit à l'aide de deux exemples concrets, soit la cessation de traitement et l'euthanasie ainsi que l'allocation des ressources rares en soins de santé.

1 - La cessation de traitement et l'euthanasie

Les tribunaux étaient saisis récemment du cas de *Nancy B.*¹⁷⁹, une jeune femme de 25 ans qui réclamait le droit de mettre fin au traitement qui la maintenait en vie. La publicité autour de ce cas a relancé le débat social au sujet de la délicate question de l'euthanasie. En réalité, la cessation de traitement et l'euthanasie soulèvent de vives controverses parce qu'elles mettent en cause l'opposition de deux principes bioéthiques, l'autonomie du malade et la présomption en faveur de la vie. À ces principes moraux et juridiques s'ajoutent les problèmes économiques, familiaux et médicaux. À quel moment un médecin

177. Art. 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 32.

178. P. LESAGE-JARJOURA, *La Tribune*, le 2 décembre 1991, p. B.1.

179. *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, J.E. 92-132 (C.S.).

doit-il arrêter un traitement? Le patient peut-il imposer ses propres limites? Quel est l'intérêt de la société dans le débat? Dans un premier temps, on doit distinguer les notions en cause. La cessation de traitement (ou le refus de traitement) se définit de la façon suivante :

«... l'arrêt ou la non-initiation de soins thérapeutiques devenus médicalement inutiles pour assurer une guérison éventuelle ou même un contrôle efficace de la maladie»¹⁸⁰.

La cessation de traitement consiste à laisser le patient mourir lorsque des moyens raisonnables ne peuvent plus être utilisés avec une certaine probabilité de succès. Selon le D^r Jarjoura, «la condition du malade est non seulement irréversible, incurable, mais également terminale»¹⁸¹. La cause de la mort est la maladie et non la cessation de traitement. On laisse tout simplement la nature suivre son cours.

L'euthanasie, pour sa part, consiste en «l'acte positif de causer la mort de quelqu'un pour des raisons humanitaires»¹⁸². *L'euthanasie comporte un geste concret qui sera la cause de la mort, d'où l'expression «euthanasie active» en opposition à «l'euthanasie passive» qui réfère à la cessation de traitement.*

Même si l'on peut avoir l'impression que la société est maintenant plus tolérante à l'égard de l'euthanasie, le droit l'interdit dans la plupart des pays¹⁸³. Au Canada, l'article 224 du *Code criminel* empêche le médecin ou un tiers de faire ou de s'abstenir de faire une chose qui entraîne la mort d'un individu, si la mort de cette personne aurait pu être empêchée par l'utilisation de moyens appropriés. Néanmoins, l'article 11 du *Code civil du Québec* permet à une personne de refuser un traitement médical. Dans l'arrêt *Nancy B.*¹⁸⁴, le juge Dufour estime qu'il n'y a pas d'opposition entre ces deux articles dans le cas d'une personne capable qui refuse de consentir à un traitement médical. Ce droit découle de l'autonomie de la personne humaine. Selon le juge, on doit interpréter largement les articles du *Code criminel* et du *Code civil du Bas Canada* (à l'époque du jugement) afin de leur assurer une certaine cohérence¹⁸⁵.

Une interprétation large s'avère nécessaire pour éviter une application stricte qui conduirait à des absurdités juridiques. Cependant, l'éthique servira

180. P. LESAGE-JARJOURA, *La cessation de traitement - Au carrefour du droit et de la médecine*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1990, p. 23.

181. *Id.*, p. 24.

182. *Id.*, p. 29.

183. *Id.*, p. 32.

184. Précité note 179. Dans cet arrêt, on réfère à l'ancien article 19.1 C.c.B.C. devenu l'article 11 C.c.Q.

185. *Id.*, p. 20.

de guide pour éviter une interprétation abusive. Ainsi, certains croient que l'autonomie du malade lui donne le droit de mourir dans la dignité et finissent par parler d'un droit à la mort¹⁸⁶. Nous pensons qu'une telle interprétation de l'autonomie de la personne peut conduire à des excès. Nous partageons l'opinion du D^r Jarjoura à l'effet que «mourir dans la dignité» n'est pas l'équivalent ni d'une mort naturelle, ni d'un droit à la mort¹⁸⁷. Mourir dans la dignité signifie que le médecin se gardera d'utiliser une technologie humiliante et harassante lorsque la mort est devenue inévitable. Mais le médecin est justifié d'utiliser la technique afin de diminuer la douleur et l'angoisse du patient. Cependant, mourir dans la dignité ne peut signifier un droit à la mort. Si l'être humain possédait un droit à la mort, cela signifierait que les autres devraient l'aider à exercer ce droit¹⁸⁸. Or, une telle interprétation est formellement rejetée par la jurisprudence et la Commission de réforme du droit du Canada «en raison du risque d'erreur possible dans le diagnostic, d'abus probables et des difficultés que pose le consentement éclairé»¹⁸⁹.

Refuser un traitement ou réclamer le droit de mourir suppose un consentement libre et éclairé. Or, dans le contexte médical actuel, on peut s'interroger sur le caractère véritablement libre et éclairé du consentement¹⁹⁰. La personne malade risque souvent d'être influencée par son médecin ou ses proches dans sa décision. Le malade incurable a souvent tendance à se considérer comme un fardeau pour sa famille et les conceptions personnelles du médecin peuvent également influencer sur la décision du malade de poursuivre ou non le traitement.

Mais le risque le plus flagrant d'abus concerne les personnes inaptes ou incapables. Qui parlera au nom des handicapés mentaux profonds, des comateux, des vieillards séniles? Et pourra-t-on réellement s'attendre à un véritable choix éthique? Ne sera-t-il pas tentant de se débarrasser de ces individus improductifs dans une société qui ne valorise plus que la compétition, la réussite sociale et financière? La société actuelle ne possède plus désormais les moyens de financer des grands principes de compassion et d'altruisme à l'égard des malades, des pauvres et des personnes démunies intellectuellement. La nécessité de donner un consentement libre et éclairé implique que le malade ait l'opportunité de faire un choix. Or, les restrictions budgétaires et certaines normes institutionnelles empêchent parfois un véritable choix éthique dans l'intérêt du malade. Quel est l'intérêt du débat entourant la nécessité ou l'inutilité de réanimer les personnes âgées, si l'institution où ils trouvent ne possède pas

186. A. COMPTE-SPONVILLE, «À propos de la vie, du droit et de la morale» dans *Éthique médicale et droits de l'homme*, France, Actes Sud, 1988, p. 277.

187. D. LESAGE-JARJOURA, *op. cit.*, note 180, p. 17.

188. *Id.*, p. 20.

189. *Id.*, p. 21.

190. *Id.*, p. 142.

de défibrillateur? Ou si l'institution a déjà établi une norme implicite ayant pour effet de ne pas réanimer les pensionnaires à partir de 65 ou de 70 ans? On pourra faire des conférences, tenir des colloques, former des comités d'éthique, mais il faudra bien admettre que l'aspect économique de la pratique médicale se taille une place importante dans le cadre de la bioéthique.

2- L'allocation des ressources rares en soins de santé

Plusieurs facteurs peuvent expliquer l'augmentation des coûts des soins de santé. Pensons au vieillissement de la population, au développement des technologies modernes permettant aux médecins de diagnostiquer et de traiter de nouvelles maladies¹⁹¹ et à la facilité d'accès aux services médicaux¹⁹². Tous ces facteurs accroissent les attentes de la population envers la médecine. Ce phénomène se produit dans un contexte économique présentement difficile où l'accessibilité universelle aux soins médicaux semble devoir être remise en cause. La perte de confiance des citoyens dans la justesse de l'administration gouvernementale force les personnes responsables à motiver leurs décisions budgétaires à l'égard de la population dont la «capacité de payer» est limitée¹⁹³. Les besoins sont de plus en plus nombreux et les ressources de moins en moins disponibles. De plus, la crainte des poursuites judiciaires favorise une pratique médicale préventive par l'administration de tests coûteux¹⁹⁴. Un médecin devrait-il refuser d'administrer le test de dépistage du sida à un patient s'il ne le considère pas comme une personne à risque?

Dans ce contexte, le législateur propose des solutions telles que le ticket modérateur et la privatisation de certains services de santé¹⁹⁵. Des restrictions à l'accessibilité aux soins de santé sont peut-être justifiables au plan économique, mais elles heurtent les principes juridiques du droit à la vie et à la sécurité, entraînant une démarche éthique de la part des juges dans l'évaluation du caractère raisonnable des limitations en cause¹⁹⁶. Le droit devient ainsi un facteur de l'augmentation des coûts de la santé qui amène des limitations à l'accessibilité, à leur tour évaluées par les juges à l'intérieur d'un processus éthique. L'allocation des ressources rares entraîne la confrontation des réalités économique, éthique et juridique.

191. S. NOOTENS, «La relation médecin-patient et les décisions de traitement», (1990) 20 *R.D.U.S.* 377, 382.

192. G. A. LEGAULT, «La responsabilité individuelle et la rareté des ressources en soins de santé», (1990) 20 *R.D.U.S.* 357.

193. *Id.*, p. 361.

194. *Id.*, p. 370.

195. *Id.*, p. 364.

196. *Supra*, p. 41.

Toutefois les décisions éthiques, en ce qui concerne l'allocation des ressources rares, ne relèvent pas uniquement du législateur. Dans les hôpitaux et autres organismes dispensant des soins de santé, plusieurs comités sont formés afin d'établir les règles de la gestion des ressources¹⁹⁷. Les comités d'éthique sont chargés d'établir les critères de sélection des patients qui auront accès aux services disponibles. Dans le cas des transplantations d'organes, l'établissement des critères de sélection des receveurs s'avère particulièrement difficile. Les principaux critères suggérés par les auteurs se résument ainsi, d'après le professeur Durand¹⁹⁸ : la première sélection doit se faire selon les critères médicaux; ensuite, on suggère différents éléments tels évaluer chaque candidat suivant son mérite social ou favoriser les plus démunis, ou encore privilégier à partir des statistiques ceux qui ont les plus grandes chances de survie ou à l'opposé les choisir au hasard ou même les laisser tous mourir¹⁹⁹. Ces solutions montrent les difficultés rencontrées dans l'établissement des critères de sélection. Devrait-on, par exemple, ainsi refuser la transplantation cardiaque à un fumeur invétéré qui refuse de faire de l'exercice?²⁰⁰ Doit-on refuser l'accès aux médicaments coûteux à un sidéen qui aurait eu un comportement sexuel irresponsable? Tous les jours, des personnes tentent, de bonne foi, d'implanter des normes afin de nous protéger contre des décisions arbitraires, ce qui nous amène à discuter de la délicate question de la responsabilité de la normalisation des comportements.

C) Créer la norme, une responsabilité éthique ou juridique?

Une réflexion s'impose sur les autorités habilitées à créer la norme en bioéthique. Doit-on «judiciariser» les processus décisionnels ou laisser des mécanismes de «régulations alternatives»²⁰¹ évaluer et prescrire les comportements à adopter?

Le contrôle éthique prend des formes variées selon les milieux où il s'installe. On pense, entre autres, aux comités d'éthique clinique ou à la recherche présents dans la plupart des hôpitaux. Le contrôle éthique émane d'une façon diffuse au contact des différentes pratiques biomédicales, entraînant la critique à son sujet. On reproche à la normalisation éthique d'être inefficace dans plusieurs situations car elle ne bénéficie pas de la force obligatoire de la

197. Voir à ce sujet G. ROCHER, «Y a-t-il des normes d'allocation des équipements coûteux en milieu hospitalier?», (1990) 20 R.D.U.S. 219.

198. G. DURAND, «Les critères de sélection des candidats aux traitements coûteux» (1990) 20 R.D.U.S. 395.

199. *Id.*, p. 401-402.

200. G. LEGAULT, *loc. cit.*, note 192, p. 368.

201. G. DURAND, «Droit et régulation alternative», dans M. H. PARIZEAU (dir.), *Bioéthique, méthodes et fondements*, Montréal, A.C.F.A.S., 1989, p. 87. On entend par «régulations alternatives» des systèmes normatifs qui engendrent des règles de conduite, et cela d'une façon alternative au droit.

norme juridique²⁰². Elle serait efficace seulement dans la mesure où les différents intervenants acceptent de s'y conformer. Mais la plus grande critique à l'encontre du processus éthique alternatif concerne son caractère antidémocratique²⁰³. En effet, on confie à un nombre restreint d'experts le rôle exclusif de régler des problèmes moraux et sociaux. Et même s'il s'agit de comités multidisciplinaires, souvent les médecins et autres spécialistes de la santé y sont majoritaires. Ils y exercent une influence considérable et on peut parfois douter de leur impartialité²⁰⁴. Le simple citoyen se trouve alors évincé d'un tel processus. L'existence de comités d'experts en bioéthique peut conduire les citoyens à se décharger de leurs responsabilités au profit des nouveaux sages de la biomédecine²⁰⁵. De plus, le législateur aura souvent recours à l'opinion de ces comités avant de légiférer, excluant ainsi un véritable débat public²⁰⁶.

Malgré ces inconvénients, la normalisation éthique alternative reste une voie privilégiée puisqu'elle s'installe en l'absence de règles juridiques, comblant ainsi «le vide du libéralisme excessif»²⁰⁷. Selon le théologien Hubert Doucet, les règles éthiques ont largement démontré leur utilité. En effet, il écrit :

«Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, leur présence a favorisé le respect des sujets d'expérimentation, protégé des malades lorsque certains médecins s'acharnaient à prolonger des vies qui n'avaient plus d'humaine que l'apparence et suscité le dialogue social à propos de l'utilisation des technologies de pointe»²⁰⁸.

En outre, «les régulations alternatives» en bioéthique sont plus souples, plus aptes à s'adapter aux développements technologiques et à l'évolution des mentalités que le droit²⁰⁹.

En réalité, l'approche légaliste en biomédecine présente certains dangers. D'une part, il serait vain de tenter de substituer des dispositions juridiques à la réflexion éthique²¹⁰ puisque le droit positif ne pourra jamais prévoir toutes les situations possibles. D'autre part, le droit repose sur la loi, mais aussi sur la jurisprudence. Or le précédent judiciaire convient mal à la bioéthique qui repose sur une approche casuistique des problèmes. On peut douter de la pertinence

202. *Id.*, p. 93.

203. *Id.*

204. E. DELEURY, *loc. cit.*, note 6, p. 109.

205. P. FORTIN, «L'éthique, une préoccupation actuelle», dans *Actes du colloque L'Éthique à venir, une question de sagesse? une question d'expertise?*, Rimouski, Les éditions du groupe de recherches Ethos, 1987, p. 33.

206. E. DELEURY, *loc. cit.*, note 6, p. 109.

207. G. DURAND, *loc. cit.*, note 201, p. 94.

208. H. DOUCET, *loc. cit.*, note 136, p. 137.

209. G. DURAND, *loc. cit.*, note 201, p. 94.

210. L. COTTE, *loc. cit.*, note 73, p. 135.

d'une jurisprudence biomédicale²¹¹. En outre, le processus judiciaire est souvent long et coûteux alors que les situations en biomédecine nécessitent des décisions rapides. Quel patient doit recevoir l'organe disponible? Doit-on cesser un traitement ou tenter une intervention chirurgicale? Autant d'interrogations qui ne peuvent s'accommoder d'un processus qui peut s'étirer d'une instance judiciaire à une autre. Finalement, les lois ne sont pas toujours plus puissantes que l'éthique et peuvent parfois être inefficaces. Une réglementation juridique nécessite un contrôle, mais comment contrôler le respect de la loi? «Installerons-nous un policier dans chaque laboratoire, chaque cabinet médical? Et quelle force a la menace de la loi pénale en comparaison à la curiosité, à la passion scientifique?»²¹² De plus, l'approche legaliste en biomédecine peut créer l'impression que tout ce qui n'est pas interdit est permis, entraînant une interprétation fallacieuse des droits en cause.

Le droit doit prescrire les grands principes dont le respect est impératif par des lois générales alors que l'éthique doit s'assurer que la mise en oeuvre de la technologie médicale obéit à ces principes. Les auteurs Baudouin et Labrusse-Riou suggèrent de créer une instance nationale indépendante du gouvernement à laquelle le législateur déléguerait un pouvoir de contrôle afin de conférer à la «régulation alternative» une certaine autorité juridique²¹³. La normalisation éthique pourrait ainsi continuer d'exercer ses fonctions avec toute la souplesse nécessaire, mais bénéficierait du pouvoir de contraindre les différents intervenants à respecter le cadre éthique et juridique.

On constate que la question de la normalisation doit relever à la fois de l'éthique et du droit pour être véritablement efficace. La démarche éthique des «régulations alternatives» fournit souvent le matériel de base à l'établissement des règles juridiques. L'éthique, dans cette perspective, fonde le droit positif moderne et les décisions des tribunaux dans l'interprétation des Chartes²¹⁴.

L'éthique et le droit demeurent, cependant, deux disciplines distinctes l'une de l'autre faisant bénéficier la société de leurs apports respectifs.

211. J.-L. BAUDOUIN, «L'éthique clinique comme champ de la bioéthique; quelques réflexions juridiques», dans M. H. PARIZEAU (dir.), *Bioéthique, méthodes et fondements*, Montréal, A.C.F.A.S., 1989, p. 44.

212. J. CARBONNIER, «Rapport de synthèse», dans NYSSSEN (dir.), *Actes du colloque Génétique, Procréation et Droit*, Paris, Actes Sud, 1985, p. 83.

213. J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 162, p. 266.

214. *Supra*, p. 41.

CHAPITRE III : LES APPORTS DE L'ÉTHIQUE ET DU DROIT DANS LA RECHERCHE DE NOUVELLES SOLUTIONS

L'éthique contemporaine, foncièrement multidisciplinaire, invite différents secteurs professionnels à participer activement au débat social entourant l'utilisation des nouvelles technologies. Une telle démarche oblige les intervenants à redéfinir la contribution de leurs disciplines respectives, tout en respectant l'individualité de chacune d'elles. Les éthiciens et les juristes demeurent, cependant, des participants privilégiés puisque la bioéthique concerne à la fois l'éthique et le droit. Dans cette optique, nous discuterons de la contribution du droit à la décision fondée sur l'éthique et de la nécessité de l'éthique dans l'évolution du droit.

A) La contribution du droit à la décision fondée sur l'éthique

Les juristes ont été impliqués très tôt à l'intérieur du débat éthique entourant le développement de la science. Pourtant, les médecins, les politiciens, les philosophes, etc., nourrissent des attentes différentes à l'égard du droit. Après avoir constaté une modification du rôle traditionnel du juriste, nous verrons quel est l'apport du droit à la décision fondée sur l'éthique.

1 - La modification du rôle traditionnel du juriste

Les nombreux recours judiciaires contre les spécialistes des soins de la santé ont conduit les juristes à s'intégrer au monde médical. À ce premier niveau, le juriste agit d'abord à titre d'avocat qui guide son client à travers les méandres juridiques de la responsabilité civile et professionnelle. Il représente le patient déçu, trompé ou le spécialiste médical accusé de négligence. Le rôle du juriste, dans cette hypothèse, apparaît comme celui d'un technicien du droit. Il ne vise nullement la recherche des intérêts du plus grand nombre, sa fonction se limite à la représentation de son client²¹⁵. Il s'agit là du rôle traditionnel du juriste, qui sera pourtant remis en cause par les problèmes nouveaux engendrés par la science conjugués à un libéralisme idéologique sans précédent. En effet, devant l'instabilité des valeurs sociales, les médecins et autres intervenants scientifiques se retrouvent maintenant confrontés à de nouveaux dilemmes. Alors qu'autrefois la science médicale reposait sur la bienfaisance et le respect des patients, elle fait aujourd'hui appel à des concepts tels que l'autonomie, les droits du malade, le consentement éclairé, etc. La mise en application de tels principes crée des tensions et des incertitudes quant aux comportements à adopter. Et comme l'une des caractéristiques du droit est de répondre de façon précise aux litiges qu'on lui soumet, c'est naturellement que l'on s'est tourné vers les juristes afin qu'ils disent le droit.

215. H. DOUCET, *loc. cit.*, note 136, p. 133.

Dans cette deuxième hypothèse, le juriste ne représente personne en particulier; on lui demande de participer à des comités d'éthique où son rôle est d'informer les autres intervenants des règles juridiques en cause. L'avocat rappelle les exigences du droit mais il ne s'implique pas réellement à l'intérieur du débat; il agit à titre de consultant plutôt que comme un participant engagé dans la recherche d'une solution²¹⁶. Limiter ainsi les juristes à une fonction d'informateur, c'est se priver d'une ressource efficace. On ne doit pas oublier que les avocats sont des spécialistes de la normalisation. Cependant, s'ils veulent s'intégrer au débat interdisciplinaire, les juristes devront accepter de modifier quelque peu leur rôle. En effet, parce qu'ils représentent l'ordre normatif le plus puissant, les avocats sont habitués à clore les débats, rendant ainsi presque impossible un véritable dialogue multidisciplinaire²¹⁷. Pourtant, les juristes ont beaucoup à apprendre en observant l'émergence de la normalisation alternative²¹⁸, et cela pour deux raisons. D'une part, plusieurs des normes établies d'abord au plan éthique, finissent par devenir de véritables règles juridiques²¹⁹. L'avocat, en s'attardant sur les motifs à l'origine de la norme, est mieux en mesure de comprendre et d'interpréter la règle juridique. D'autre part, l'éthique agit également à titre de critique des règles juridiques²²⁰ et elle constitue «un modèle important de référence d'autocritique de la règle juridique déjà existante ou en simple devenir et enfin le point de départ de la création de normes juridiques authentiques»²²¹.

Il appartient toujours aux juristes de dire le droit et ils doivent continuer à jouer ce rôle. Mais une fois la règle de droit énoncée, dans l'interprétation de la loi ou dans les domaines non encore investis par le droit, le juriste doit se faire plus modeste²²² pour engager une réelle discussion avec les autres intervenants. En s'impliquant davantage, il permet au droit d'être un partenaire engagé dans la décision fondée sur l'éthique.

216. *Id.*

217. *Id.*

218. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, 211, p. 43.

219. *Supra*, p. 38.

220. *Supra*, p. 50.

221. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 211, p. 45.

222. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 91.

2 - L'apport du droit à la décision fondée sur l'éthique

Nous avons vu que le juriste ne doit pas se limiter à un rôle de technicien, mais qu'il doit s'intégrer dans la démarche éthique. De la même façon, le droit ne doit pas se contenter de légitimer le pouvoir de la science, ni abdiquer en faveur de cette dernière son rôle social²²³. En réalité, il doit rester indépendant de la science et de l'éthique pour conserver un jugement objectif sur les réalités en cause. Le droit, parce qu'il est amené à statuer en dernier ressort, doit faire des compromis entre les différentes valeurs sociales afin de satisfaire les exigences de justice et de paix sociale²²⁴. Néanmoins, il peut être d'un grand secours pour l'éthique, du moins en ce qui concerne la procédure à adopter. Les juristes sont des spécialistes de la procédure et l'expérience qu'ils ont acquise en ce domaine peut soutenir le processus décisionnel fondé sur l'éthique. Selon M. le juge Baudouin, le droit peut apporter trois choses à l'éthique, une rigueur, une rationalité et un contrôle²²⁵.

En premier lieu, le droit peut apporter à l'éthique une rigueur dans la prise de décision. Une procédure rigoureuse, connue de tous, diminue les risques de discrimination, d'inégalité et d'injustice. L'éthique, même si elle se veut un processus casuistique, ne peut être synonyme d'arbitraire²²⁶.

Deuxièmement, le droit apporte à l'éthique un souci de rationalité²²⁷. Les juristes se soucient de l'impact immédiat mais aussi à long terme de leurs décisions. Ainsi, les éthiciens et bioéthiciens doivent prendre en considération les conséquences potentielles de leur choix car les décisions éthiques ou bioéthiques s'inscrivent dans «la mémoire collective»²²⁸ et peuvent servir de références informelles pour les situations futures²²⁹. *Troisièmement*, le droit assure le contrôle de la légalité des décisions éthiques qui pourront parfois être légitimes pour les décideurs, mais illégales en regard de la loi. Dans ces cas, le droit doit rappeler la supériorité hiérarchique des règles juridiques et en assurer le respect.

223. J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 162, p. 251.

224. *Id.*, p. 259.

225. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 211, p. 46. Notons que l'auteur applique ces trois éléments à la bioéthique clinique, mais nous pensons qu'on peut les appliquer à l'éthique en général.

226. *Id.*

227. *Id.*

228. *Id.*

229. A. FAGOT-LARGEAULT, *loc. cit.*, note 78, p. 10. L'auteur nous fait remarquer à ce sujet: «Après que les comités Waller (Australie) et Warnock (Grande-Bretagne) eurent proposé en 1984 la limite de 14 jours pour l'acceptabilité de la recherche sur l'embryon, les comités analogues dans d'autres pays ne s'écarterent que fort peu de cette limite. On peut supposer que, parce qu'au moment de fixer la limite on exerce un certain arbitraire (...), chacun regarde ce que font ses voisins et s'applique à les imiter, pour se rassurer.»

L'apport du droit à la décision fondée sur l'éthique concerne principalement la procédure; cependant, on ne doit pas croire que le respect de la procédure est une garantie de légitimité des décisions éthiques. On parle de plus en plus d'une «éthique procédurale»²³⁰. Quel sens doit-on donner à cette expression? Deux tendances semblent exister à ce sujet. Certains voient dans le respect de la procédure une fin en soi. Les tenants de cette perspective limitent le débat à la procédure, évitant au maximum les discussions sur le fond, à cause de l'insécurité et de la confrontation qui s'en dégage, comme s'ils étaient convaincus de l'impossibilité d'en arriver à un certain consensus. Une deuxième tendance, à laquelle nous souscrivons, croit que la démarche éthique se fonde à la fois sur *une procédure rigoureuse* (apport du droit) *et sur une approche critique* des différentes conceptions possibles à l'égard des situations en cause (apport de l'éthique). *Respecter le pluralisme idéologique, ce n'est pas refuser de discuter des fondements philosophiques d'une théorie, c'est accepter que cette discussion se fonde sur des arguments rationnels et raisonnables, plutôt que sur des croyances, des doctrines ou des dogmes; c'est accepter la discussion en étant conscient des différences et de l'impossibilité d'imposer aux autres participants notre propre philosophie.* Interpréter le concept «éthique» d'une façon restrictive, en le limitant à une question de procédure, c'est assimiler les apports éthiques et juridiques l'un à l'autre, alors que l'éthique joue un rôle différent du droit, mais tout aussi fondamental.

B) La nécessité de l'éthique dans l'évolution du droit

Depuis le début, nous avons parlé de l'éthique comme étant la recherche d'une justification rationnelle de nos choix d'action en regard d'une situation particulière. L'éthique, dans une dimension individuelle, est appelée «micro-éthique»²³¹; c'est le cas, par exemple, de la bioéthique clinique. Nous allons, pour compléter notre exposé, élargir le concept éthique pour s'orienter vers la «macro-éthique»²³², c'est-à-dire vers le rôle de l'éthique à l'égard de la collectivité. Ainsi, l'émergence d'une éthique sociale devient nécessaire en contrepois d'un droit individualiste et revendicateur.

1 - La nécessité de l'émergence d'une éthique sociale en contrepois d'un droit individualiste et revendicateur

Nous avons constaté antérieurement que les sociétés occidentales sont entrées dans la tendance humaniste, caractérisée par la reconnaissance des droits de la personne²³³. D'une part, l'avènement des Chartes doit être considéré

230. *Id.*, p. 8.

231. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 35.

232. *Id.*, p. 36.

233. *Supra*, p. 12.

comme un acquis social inestimable. Elles soulignent l'importance que l'on accorde à la liberté, à l'égalité et à la dignité humaine.

D'autre part, on assiste présentement à la «judiciarisation» des droits de la personne. Les tribunaux sont devenus, pour les citoyens, un moyen privilégié de revendication. En invoquant dans un litige les droits fondamentaux, on situe le débat sur le plus haut palier des normes juridiques. On publicise la question soulevée et on augmente l'engouement pour l'interprétation constitutionnelle des règles juridiques²³⁴. De plus, on doit reconnaître que l'interprétation des droits fondamentaux s'inscrit dans une perspective individualiste plutôt que collective²³⁵. Considérer le droit d'abord comme un moyen de revendication tout en donnant une interprétation individualiste des droits de la personne constitue un danger potentiel pour les sociétés démocratiques. Le premier aspect de ce danger est «la transmutation opérée entre le droit-responsabilité et le droit-désir»²³⁶. Une pression de plus en plus forte pousse les juristes à élever des désirs, parfois légitimes, au rang de droit. L'exemple des nouvelles technologies de la reproduction nous aidera à illustrer nos propos. On reconnaît, d'une façon générale, le droit des citoyens de fonder une famille. La science met à la disposition des couples infertiles les moyens technologiques visant à satisfaire leur désir légitime d'enfant. Mais où doit s'arrêter l'utilisation de ces techniques? Du désir d'enfant, nous sommes passés au droit à l'enfant, en empruntant la voie des droits et libertés fondamentales²³⁷. On invoque le droit à l'enfant comme s'il s'agissait d'un droit fondamental plutôt que d'une faculté naturelle²³⁸. Si le droit à l'enfant existe, cela suppose l'obligation pour l'État de rendre accessibles à tous²³⁹ les technologies de la reproduction et même de permettre le recours aux mères porteuses selon la disponibilité des ressources. En poussant plus loin ce raisonnement, verrons-nous un jour des citoyens invoquer le droit à un enfant de tel sexe, aux yeux bleus, au quotient intellectuel supérieur?²⁴⁰ Peut-être!

Le deuxième aspect du danger d'interpréter les droits de la personne d'une manière individualiste, provient de la confusion entre les concepts de «droit» et de «liberté»²⁴¹. La liberté consiste en une «revendication de non-

234. J.-L. BAUDOUIN, «Réflexions sur les rapports de la bioéthique et des droits fondamentaux», dans G. LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, p. 149.

235. G. ROCHER, «Tension et complémentarité entre droits individuels et droits collectifs», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1991, p. 212.

236. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 234, p. 150.

237. *Id.*

238. *Id.*

239. Une fois ce droit reconnu, tous les citoyens pourront l'invoquer, les personnes seules, les couples homosexuels, les femmes ménopausées, etc., sous réserve de l'art. 1 de la *Charte canadienne*.

240. *Id.*

241. *Id.*

interférence»²⁴² des autres dans des décisions considérées comme relevant de l'autonomie de la personne. Le «droit», pour sa part, implique la possibilité pour le détenteur d'en revendiquer l'exercice puisqu'il crée chez les autres l'obligation de le respecter. Voilà pourquoi «la liberté de mourir dans la dignité (euthanasie passive) n'est pas un droit à la mort (euthanasie active)»²⁴³. Confondre les concepts de «droit» et de «liberté» est hasardeux et dangereux.

Dans cette perspective, nous croyons qu'une éthique sociale s'avère nécessaire pour contrebalancer un droit devenu principalement revendicateur et individualiste. Les sociétés démocratiques vivent intensément les tensions qui opposent les droits individuels et les droits collectifs, et cela parce qu'elles cherchent à instaurer le respect de deux droits, le droit à la liberté et le droit à l'égalité, qui finissent par s'opposer, lorsque l'équilibre entre eux est rompu. En réalité, en mettant l'accent sur la liberté, on risque de limiter grandement le droit à l'égalité. En favorisant le droit à l'égalité, on limite la liberté des citoyens²⁴⁴. L'éthique, qualifiée de «micro-éthique» ou de «macro-éthique», joue toujours le même rôle, favoriser l'émergence d'une solution raisonnable et rationnelle. Dans certains cas, les droits collectifs peuvent primer les droits individuels sans que l'on doive nécessairement conclure au mépris des droits individuels²⁴⁵. L'éthique doit agir comme médiateur entre les droits individuels et collectifs. Elle rappelle que le droit n'est pas seulement un instrument de revendication, mais qu'il est aussi porteur de responsabilités.

2 - L'éthique comme facteur de responsabilité

Le concept de responsabilité n'est pas étranger ni au droit ni à la morale. Il existait dans le droit romain et les moralistes ont longuement élaboré sur la responsabilité morale de la conduite humaine²⁴⁶. Pourtant, le concept de liberté occulte de plus en plus la responsabilité individuelle ou collective. On a l'impression que les citoyens réclament de plus en plus de liberté, mais qu'ils assument de moins en moins la responsabilité de la réussite ou de l'échec d'une vie collective harmonieuse. On réserve au droit le soin exclusif de régler les conflits. L'éthique doit agir comme facteur de responsabilité, en sensibilisant les citoyens à la nécessité de s'ouvrir aux autres afin de partager des responsabilités qui sont désormais collectives comme la protection de l'environnement, l'accessibilité aux soins de santé, l'impact de la technologie sur les générations futures, etc. Un auteur souligne l'importance de l'éthique à ce sujet en écrivant que :

242. *Id.*, p. 151.

243. *Id.*

244. G. ROCHER, *loc. cit.*, note 235, p. 216.

245. *Id.*, p. 219.

246. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 95.

«La tâche de l'éthique est alors d'argumenter pour que les participants au dialogue en arrivent à pouvoir suggérer des orientations *dont le coeur est la reconnaissance de l'autre*. Cela requiert que soient mis en relief les éléments dont on doit tenir compte si l'on désire qu'à la fois l'autre soit respecté dans sa totalité concrète, c'est-à-dire qu'il soit une fin et non un moyen, *que soit promue la convivialité de notre existence commune par, entre autres, une juste répartition des ressources et que la vie continue de se développer sur cette terre en prenant des décisions dans la conscience que le futur est déjà engagé*»²⁴⁷.

Une éthique de la responsabilité²⁴⁸ devient donc nécessaire si l'on veut que les concepts de droit et d'obligation soient interreliés. Aucun droit n'est absolu. Le droit n'existe que dans la mesure où les autres se reconnaissent l'obligation de le respecter. On agit en citoyen responsable en revendiquant ses droits, mais également en se reconnaissant l'obligation de respecter les droits des autres et de la communauté.

Dans les sociétés occidentales, la tendance actuelle consiste à interpréter le droit d'une façon individualiste, les éthiciens doivent donc nous sensibiliser aux impacts sociaux d'une telle interprétation. Par contre, dans de nombreux pays, les droits et libertés fondamentales sont encore bafoués et la torture, les disparitions et les exécutions extrajudiciaires sont fréquentes. Dans ce contexte, les éthiciens doivent montrer, par les questions qu'ils soulèvent, l'importance des droits individuels. En réalité, le rôle de l'éthique en regard de l'évolution du droit est de viser l'instauration d'un juste équilibre entre les différentes valeurs individuelles et sociales, dans la mise en place et dans l'interprétation des règles juridiques. La nécessité d'un équilibre entre le droit et les valeurs morales ou éthiques a été particulièrement bien illustrée par le poète russe Alexandre Soljénitsyne :

«Moi qui ai passé toute ma vie sous le communisme, j'affirme qu'une société où il n'existe pas de balance juridique impartiale est une chose horrible. Mais une société qui ne possède en tout et pour tout qu'une balance juridique n'est pas, elle non plus vraiment digne de l'homme. Une société qui s'est installée sur le terrain de la loi, sans vouloir aller plus haut, n'utilise que faiblement les facultés les plus élevées de l'homme. Le droit est trop froid et trop formel pour exercer sur la société une influence bénéfique. Lorsque toute la vie est pénétrée de rapports juridiques, il se crée une atmosphère de médiocrité morale qui asphyxie les meilleurs élans de l'homme. Et face aux épreuves du

247. H. DOUCET, *loc. cit.*, note 136, p. 138. Les italiques sont de nous.

248. L'expression est utilisée par G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 94.

siècle qui menacent, jamais les béquilles juridiques ne suffiront à maintenir les gens debout»²⁴⁹.

Le droit et l'éthique sont deux concepts distincts, mais intimement reliés l'un à l'autre. En ce sens, on peut véritablement parler d'une convergence entre l'éthique et le droit. Cependant, on ne doit pas en conclure que toutes les règles éthiques doivent devenir des règles de droit puisque l'éthique et le droit jouent chacun un rôle différent. La convergence réside plutôt dans l'équilibre entre les deux concepts. Cet équilibre est fragile, parfois précaire, mais il demeure pourtant essentiel.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Dans notre première partie, nous avons d'abord retracé l'évolution des fondements du droit. Nous avons constaté que le droit naturel repose sur la morale philosophique et sur une conception statique de l'homme, qui sera rejetée par les théories évolutionnistes. Le droit naturel est remplacé par le positivisme juridique et l'on assiste au premier changement majeur concernant les fondements du droit. Les mœurs remplacent la morale comme assises des règles juridiques. Néanmoins, le positivisme est dangereux, comme l'a démontré le procès de Nuremberg, car il peut nous conduire vers le mépris de la vie et de la dignité humaine. En réalité, *les événements tragiques de la Deuxième Guerre mondiale ont remis en lumière la nécessité de fonder le droit sur des valeurs plutôt que sur des comportements*, ce qui provoquera un engouement pour les droits de la personne dans les sociétés occidentales. Cependant, on ne peut pas envisager le retour de la morale philosophique comme fondement du droit et cela pour deux raisons. D'une part, le consensus social existant jadis sur ce que l'on pouvait considérer comme moral a disparu. Nous vivons le pluralisme idéologique et on ne s'entend plus collectivement sur ce qu'est le bien et sur les valeurs morales à privilégier. D'autre part, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui reconnaît à tous les citoyens la liberté d'opinion, de croyance, de conscience et de religion permet de contester judiciairement la promulgation ou l'interprétation des règles juridiques qui favoriseraient une conception morale au détriment d'une autre. Ainsi, on assiste présentement à une deuxième modification des fondements du droit. C'est dans cette optique que nous soumettons que l'éthique s'affirme de plus en plus comme le fondement du droit contemporain.

La morale se distingue de l'éthique en ce qu'elle renvoie à une recherche d'idéalité conduisant les moralistes à prescrire les comportements à adopter. L'éthique, pour sa part, prend en considération les aspects moraux, mais également les aspects économiques, sociologiques et technologiques d'une

249. A. SOLJÉNITSYNE, *Le déclin du courage*, Paris, Seuil, 1972, p. 21.

situation et elle favorise l'émergence d'une solution rationnelle compte tenu de la diversité des conceptions possibles d'une même problématique. L'éthique foncièrement multidisciplinaire et séculière respecte le pluralisme idéologique et les préceptes juridiques contenus dans la Charte.

Dans notre deuxième partie, nous avons traité principalement des relations entre l'éthique et le droit. Nous avons conclu à la convergence inévitable entre les deux concepts. Les développements spectaculaires de la biomédecine illustrent particulièrement bien la rencontre de l'éthique et du droit. Nous sommes aujourd'hui confrontés à des possibilités technologiques sans précédents et seuls l'éthique et le droit peuvent agir comme garde-fous pour nous protéger contre des processus scientifiques pouvant devenir irrémédiables. Le clonage, la parthénogénèse et la modification au génome humain ne sont que quelques-uns des phénomènes qui nécessitent l'instauration de normes éthiques et juridiques. D'ailleurs, pour être véritablement efficace, la normalisation doit relever de l'éthique et du droit puisque le droit ne peut prévoir toutes les situations possibles et que l'éthique, bien que plus souple, ne dispose pas de la force obligatoire du droit.

En dernier lieu, nous avons constaté que même s'il y a convergence entre l'éthique et le droit, les deux concepts demeurent distincts l'un de l'autre. D'une part, le droit se spécialise dans la procédure et la normalisation. À ce titre, les juristes peuvent être des ressources efficaces dans le cadre des décisions fondées sur l'éthique. D'autre part, l'éthique est importante pour établir et interpréter les règles juridiques. Nous avons indiqué que l'éthique peut servir de fondement au droit contemporain. Par contre, le rôle de l'éthique, au plan social, consiste aussi à critiquer le droit afin de le faire évoluer. *Le droit prescrit et force l'adhésion, l'éthique questionne, sensibilise et favorise la recherche du consensus.* Une vie collective harmonieuse ne peut reposer que sur un équilibre entre l'éthique et le droit et c'est dans cette perspective que l'on peut parler de convergence entre les deux concepts.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : UNE ÉVOLUTION DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES
DIFFÉRENDS : DE L'ALE À L'ALENA

Auteur(s) : Helen ANTONIOU

Revue : RDUS, 1993-1994, volume 24, numéro 1

Pages : 71-112

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13363>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13363>

Page vide laissée intentionnellement.

UNE ÉVOLUTION DES MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS : DE L'ALE À L'ALENA

par Helen ANTONIOU*

Avec l'entrée en vigueur de l'ALENA, l'Amérique du Nord est devenue la plus importante zone de libre échange du monde et la première à regrouper des partenaires dont le développement industriel et démocratique diffère grandement. Vu ce déséquilibre, la mise en place de mécanismes de règlement des différends justes et efficaces sous l'ALENA était d'importance capitale.

Une étude comparative des anciens mécanismes de l'ALE et du GATT permet de voir à quel niveau ces derniers s'étaient avérés déficients et où l'ALENA pouvait innover pour les rendre plus équitables.

Pionnier à certains égards, l'ALENA est malheureusement demeuré un témoignage du protectionnisme larvé des États-Unis qui n'ont pas manqué à imposer leur vision, laissant ainsi planer un doute sur la neutralité et l'efficacité des mécanismes retenus.

*. L'auteure est diplômée en droit de l'Université McGill et détentrice d'un D.E.A. de droit international des relations économiques de l'Université Paris II (Panthéon - Assas).

With the enactment of NAFTA, North America has become the largest free trade zone in the world and the first to group together countries with such vast economic and political disparities. In light of these disparities, it was imperative that NAFTA contain effective dispute resolution mechanisms which would regularly lead to equitable results in cases of conflict between the contracting parties.

A comparative study of previous mechanisms incorporated in the FTA and in the GATT reveals their deficiencies and illustrates how NAFTA could have addressed these weaknesses to meet the objective of inculcating a higher degree of fairness in the resolution of disputes.

Although innovative in certain respects, the mechanisms under NAFTA regrettably remain subject to the protectionist tendencies of the United States. This attempt at instituting fair and equitable dispute resolution mechanisms to regulate relations between sovereign states appears, once again, to have failed.

SOMMAIRE

I.	MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS COMMERCIAUX DE NATURE GÉNÉRALE	78
	(A) <i>Dispositions institutionnelles</i>	79
	(B) <i>Dispositions relatives au règlement des différends</i>	80
	(i) Le mécanisme retenu sous l'ALENA	80
	(ii) Expérience avec le Chapitre 18 de l'ALE	85
II.	MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE DE DUMPING ET DE SUBVENTIONS	91
	(A) <i>Mécanismes de règlement des différends spécifiques en matière de droits antidumping et compensateurs</i>	94
	(i) Amorce de la procédure	95
	(ii) Application du mécanisme aux législations nationales	98
	(iii) Mécanisme d'appel exceptionnel	102
	(iv) Autres mécanismes de contrôle	103
	(v) Évaluation du mécanisme du Chapitre 19	104
	(B) <i>Expérience avec le Chapitre 19 de l'ALE</i>	105
III.	ÉVALUATION DES MÉCANISMES	116

Nous vivons désormais dans un monde où le défi idéologique s'étant désintégré, une nouvelle architecture doit être élaborée. Dans cette perspective l'ALENA est le premier pas, crucial, dans cette direction.
Henry Kissinger¹

La fin du XXI^{ème} siècle est caractérisée par un nouvel environnement politico-économique global, marqué par la conclusion d'alliances économiques étatiques guidées par la globalisation de l'économie et par l'émergence du marché unique. C'est dans cette foulée que le Canada, les États-Unis et le Mexique ont ratifié l'*Accord de libre-échange nord-américain*² qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, et qui doit aboutir dans quinze ans à la plus grande zone de libre-échange au monde.³ Tout en élargissant l'Accord conclu en 1988 entre les deux premiers pays,⁴ l'ALENA renforcera la position économique des trois nouveaux partenaires à l'échelle mondiale.

Malgré les controverses politiques qui l'ont précédé, l'ALENA apparaît comme le souffle de modernisation requis pour ébranler les barrières protectionnistes existantes entre les trois États contractants, ce qui pourra mener à l'accroissement progressif de leur richesse. L'ALENA se veut en fait une mise en oeuvre moderne de la théorie économique bien connue de la spécialisation des tâches et de la production efficace par la multiplication des échanges issue des doctrines d'Adam Smith, de David Ricardo et de John Stuart Mill :

«Ever since Adam Smith, there has been consensus among economists that free trade is in the best interests of the trading countries and the world, as Paul Samuelson put it «free trade promotes a mutually profitable regional division of labour, greatly enhances the potential real national product of all nations and makes possible higher standards of living all over the world.»⁵

-
1. «Clinton vire de bord», *Le Devoir [de Montréal]* (8 novembre 1993) A8.
 2. L'*Accord de libre-échange nord-américain* [ci-après ALENA], P.L. C-115, *Loi portant mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, 3^e sess., 34^e Parl., 1993 (sanction royale le 23 juin 1993, chapitre no. 44).
 3. Ce traité donnera naissance à un marché commun de plus de 360 millions de consommateurs avec une production cumulée de 6 214 milliards de dollars US par an. Voir «Signature du traité de libre-échange nord-américain», *Le Monde* (9 octobre 1992) 2.
 4. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, 22 décembre 1987, R.T. Can. 1989 no.3, 7 D.J.I. 209 [ci-après ALE]. Pour un résumé, voir *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, le Commerce : la clé de l'avenir*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 2^e éd., 17 novembre 1988 [ci-après *Le Commerce*].
 5. H.W. Singer, N. Hatti et R. Tandon, dir., *Trade Liberalization in the 1990's*, vol. 8, New Delhi, Indies, 1990 à la p.7.

L'idéal de la mondialisation des marchés, dont les assises ont été établies par l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* en 1947,⁶ se fonde sur les principes de liberté des échanges, de non-discrimination et de réciprocité. Même s'il existe une volonté politique de la part des États d'encourager la libéralisation des échanges, le protectionnisme demeure néanmoins à ce jour la réalité prédominante. Comme le souligne George Will, «*free trade ranks just below Christianity and above jogging on the lists of things constantly praised but sporadically practised.*»⁷

Ce protectionnisme ainsi que les frictions qui résultent des pratiques déloyales et anticoncurrentielles exercées par les États afin de protéger leur marché national peuvent menacer les relations inter-étatiques à tous les niveaux. Par conséquent, il est impératif que des procédures de règlement des différends efficaces, impartiales et prévisibles soient établies dans les accords de libre-échange. L'efficacité de ces mécanismes est d'autant plus importante dans le cas de l'ALENA qui est le premier accord du genre à être conclu entre un pays en développement et deux pays industrialisés. Le professeur Castel décrit ainsi l'importance de ces mécanismes :

*«The maintenance of a harmonious relationship between nations bound by an international agreement requires procedures to avoid conflicts and, should they arise, to resolve them quickly and effectively to the satisfaction of the Parties involved.»*⁸

C'était d'ailleurs le désir d'instaurer de tels mécanismes pour régler les échanges avec son voisin qui a poussé le Canada à entreprendre la négociation d'un premier accord de libre-échange en 1986. La période précédant la négociation de cet accord fut en effet marquée par une forte tendance protectionniste de la part des États-Unis qui furent, entre juin 1980 et juillet 1988, les auteurs de près de 30% de tous les cas de dumping au monde et de 58% de toutes les mesures de rétorsion, lesquelles visaient principalement le Canada.⁹

L'expérience de règlement des différends sous le GATT a été inestimable pour les négociateurs de l'ALE et de l'ALENA. Le Canada, tout

6. *General Agreement on Tariffs and Trade*, 1er janvier 1948, 55 R.T.N.U. 194 [ci-après GATT]. Pour une explication du système du GATT, voir D. Carreau, T. Flory et P. Juillard, *Manuel : Droit international économique*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1990 aux pp. 91-168.

7. Cité dans W.C. Graham, «Dispute Resolution in the *Canada-United States Free Trade Agreement* : One Element of a Complex Relationship», (1992) 37 R.D. McGill 544 à la p. 551.

8. J.G. Castel, «The Settlement of Disputes Under the 1988 Canada-United States Free Trade Agreement», (1989) 83 A.J.I.L. 118.

9. Graham, *supra*, note 7 à la p. 551.

comme le Mexique en 1990, estimait cependant que les mécanismes du GATT de résolution des différends étaient inefficaces. Ces derniers, énoncés aux articles XXII et XXIII de l'Accord général, ont en effet souvent été critiqués pour leurs délais qui demeurent longs,¹⁰ par le fait que certaines décisions rendues par les comités d'experts (les «*panels*») n'ont jamais été honorées et que les rapports des *panels* ne sont pas toujours assez précis pour permettre d'en dégager des principes utiles. De plus, l'ancienne exigence d'un vote unanime du Conseil du GATT pour adopter un rapport du *panel* avait souvent bloqué le processus, car les parties en litige y participaient et choisissaient souvent d'exercer leur droit de veto s'ils estimaient que la décision du *panel* allait à l'encontre de leurs intérêts nationaux.¹¹

Avec l'Accord de mi-parcours de Montréal de 1989¹² et l'Accord de l'*Uruguay Round* du 15 décembre 1993,¹³ les articles XXII et XXIII de l'Accord général du GATT ont finalement été modifiés afin d'adresser certains de ces reproches et de rétablir un peu de sécurité et de prévisibilité dans les échanges mondiaux.

Les mécanismes de règlement des différends sous l'égide du GATT, tels qu'amendés, peuvent être sommairement décrits comme suit : la première obligation d'une Partie plaignante sur une question relevant de l'opération du GATT est de présenter une demande de consultation à la Partie visée qui devra répondre à cette demande et entrer en consultation avec elle au plus tard dans les trente jours. Si une solution n'est pas trouvée dans les soixante jours de la présentation de la demande de consultation, la Partie plaignante peut alors requérir l'institution automatique d'un *panel* qui sera composé de trois à cinq individus qualifiés dans le domaine des échanges internationaux. Il faut noter que, contrairement à ce qui était le cas avant l'Accord de mi-parcours de 1989 où le consensus des Membres du GATT était nécessaire pour établir un *panel*, la procédure a été inversée en ce que la constitution d'un *panel* est dorénavant automatique à moins que les Membres ne décident unanimement de la bloquer.¹⁴

10. De mai 1988 à août 1992, le délai du moment de la demande de la constitution d'un *panel* jusqu'à la publication de son rapport était de 395 jours en moyenne, et le temps écoulé de la publication du rapport à son adoption était d'à peu près 249 jours. Voir G.N. Horlick et F.A. DeBusk, «Dispute Resolution Under NAFTA : Building on the U.S.-Canada FTA, GATT and ICSID», (1993) J.W.T. 21 aux pp. 36-37.

11. W.J. Davey, «Dispute Settlement in GATT», (1987) 11 Fordham Int'l L.J. 51 à la p. 90; J.H. Jackson, *Restructuring the GATT System*, New York, Royal Institute of International Affairs, 1990 à la p. 65.

12. *Décision du 12 avril 1989*, GATT Doc. L/6489 [ci-après Accord de mi-parcours de 1989].

13. Annexe 2 du *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, 15 décembre 1993, UR-93-0246, 10 I.T.R. 2103 [ci-après Accord de l'*Uruguay Round*].

14. E.P. Eichmann, «Procedural Aspects of the GATT Dispute Settlement : Moving Towards Legalism», (1990) 8 Int'l Tax and Bus. L. 38 à la p. 68.

Après avoir étudié les soumissions des Parties, le *panel* remet son rapport aux Membres du GATT. Ceux-ci ont alors vingt jours pour l'étudier et il sera automatiquement adopté dans les soixante jours de sa délivrance sauf si les Membres décident unanimement de le rejeter ou si une des Parties impliquées indique sa volonté de le porter en appel. Il s'agit là d'un deuxième renversement de la procédure, introduit par l'Accord de l'*Uruguay Round*, qui était devenu nécessaire pour empêcher l'exercice abusif du droit de veto de la Partie visée dans le cadre du vote unanime auparavant requis pour adopter un rapport du *panel*.

La procédure d'appel, une autre innovation de l'Accord de l'*Uruguay Round*, permet maintenant un deuxième examen de la question en litige par trois membres d'un nouveau groupe d'appel «permanent» composé de sept individus qui seront nommés pour un terme de quatre ans chacun. Le rapport du groupe d'appel sera adopté automatiquement sauf si les Membres du GATT en décident autrement à l'unanimité. La création d'un tel groupe d'appel composé de membres permanents assurera dorénavant une certaine continuité, renforcera la prévisibilité des décisions et contribuera à définir d'avantage le domaine du droit international des échanges.

Finalement, si la Partie visée ne se conforme pas à la décision du *panel* ou à la décision du groupe d'appel, selon le cas, l'autre Partie pourra à titre de recours ultime suspendre envers la première ses obligations équivalentes en vertu du GATT.

Comme nous l'indiquions, le Canada et le Mexique jugeaient ouvertement que les mécanismes du GATT étaient inefficaces; ceci donna lieu à beaucoup de spéculations et de discussions sur les procédures alternatives dont les Parties pourraient convenir dans le cadre de la négociation d'un accord de libre-échange nord-américain. Une des plus intéressantes fut proposée par l'Association du barreau canadien, l'Association du barreau américain et le barreau du Mexique, qui avaient créé en 1991 un groupe d'étude conjoint chargé d'examiner le fonctionnement des mécanismes de résolution de différends sous l'ALE et de formuler des recommandations quant à ceux qui seraient appropriés pour régir la nouvelle relation tripartite.¹⁵ Les recommandations finales de ce groupe d'étude furent de remplacer les mécanismes d'arbitrage et de groupes spéciaux de l'ALE par un tribunal trilatéral permanent qui aurait juridiction pour entendre toutes les plaintes soumises par l'une des trois Parties; de plus, le groupe d'étude recommanda que les jugements de ce tribunal soient obligatoires et que les Parties s'engagent d'avance à les respecter.

15. Pour le texte complet du rapport du groupe spécial, voir (1992) 26 Int'l Lawyer aux pp. 855-869.

Les négociateurs de l'ALENA n'ont finalement pas suivi les recommandations de ce groupe d'étude.¹⁶ Les États signataires n'étaient manifestement pas prêts à abdiquer leur souveraineté sur ces questions. Les négociateurs ont plutôt préféré reprendre les dispositions de l'ALE et les restructurer en tenant compte de la venue du Mexique et en y apportant certaines innovations que nous étudierons plus loin.

L'ALENA contient donc, comme l'ALE, deux principaux mécanismes de règlement des différends¹⁷ qui se retrouvent dans deux chapitres distincts. Nous examinerons tout d'abord les mécanismes établis en vue de régler les différends commerciaux de nature générale (Chapitre 20 de l'ALENA qui est basé sur le Chapitre 18 de l'ALE) (I); ensuite, nous étudierons la procédure particulière établie pour résoudre les différends portant sur les questions spécifiques de droits compensateurs et antidumping (Chapitre 19 des deux accords) (II). Nous entreprendrons notre étude dans le but d'identifier les modifications apportées par l'ALENA et de voir si ces dernières suffisent pour combler les lacunes que l'expérience avec les mécanismes de l'ALE ont pu révéler.

I. MÉCANISME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS COMMERCIAUX DE NATURE GÉNÉRALE

Le mécanisme de règlement des différends de nature générale établi par le Chapitre 20 de l'ALENA est essentiellement le même que celui du Chapitre 18 de l'ALE. Les modifications apportées par l'ALENA consistent en une amplification de la relation institutionnelle entre les trois États (A), et en un renforcement du mécanisme de règlement des différends (B).

16. Notez qu'avant la conclusion de l'ALE, des recommandations semblables - elles aussi rejetées - avaient été faites par l'Association du barreau canadien et l'Association du barreau américain. Voir: Groupe de travail mixte ABA-CBA sur le règlement des différends internationaux, *Settlement of International Disputes Between Canada and the United States of America*, résolutions adoptées par le ABA le 15 août 1979, et par le CBA le 30 août 1979.

17. Il existe aussi d'autres mécanismes spécialisés traitant notamment des questions relatives aux investissements, à l'environnement et à la main d'oeuvre.

(A) Dispositions institutionnelles

Le Chapitre 20 de l'ALENA établit deux institutions destinées à faciliter l'administration conjointe de l'Accord et à régler les différends. Vu la disparité qui existe dans le rapport de force entre les États signataires, cet arrangement était important tant pour le Canada lors de la négociation de l'ALE que pour le Mexique lors de celle de l'ALENA. Ces craintes ont donné naissance à l'objectif fondamental du Chapitre 20, qui est de promouvoir l'équité, la prévisibilité et la sécurité en permettant à chaque partenaire d'avoir accès à des groupes spéciaux objectifs chargés de régler les différends et d'avoir une voix égale dans la résolution de ces derniers.

La première institution établie par le Chapitre 20 est la Commission du libre-échange. Tout comme la Commission mixte du commerce canado-américain, elle doit agir sur la base de consensus et elle est chargée des fonctions suivantes :

- (a) diriger la mise en oeuvre et le développement de l'ALENA;
- (b) régler les différends qui pourront survenir à l'égard de son interprétation et de son application;
- (c) diriger les travaux de tous les comités et groupes de travail institués en vertu de l'ALENA; et
- (d) se pencher sur toute autre question pouvant affecter le fonctionnement de l'ALENA.¹⁸

Cette Commission, qui doit se réunir annuellement,¹⁹ est composée d'un nombre égal de représentants de chacune des trois Parties, y compris la personne de rang ministériel responsable du commerce extérieur de chacune d'elles.

La seconde institution établie par le Chapitre 20 est le Secrétariat. Contrairement à l'ALE, où les fonctions du Secrétariat binational se limitaient surtout à prêter main-forte aux groupes spéciaux de règlement des différends, l'ALENA lui confère un rôle beaucoup plus actif. L'article 2002 de l'ALENA prévoit par exemple que le Secrétariat sera chargé d'assister la Commission, d'assurer un soutien administratif aux groupes spéciaux et aux comités et de faciliter, de façon générale, le fonctionnement de l'Accord. Cette institution sera présente dans chaque pays avec des bureaux permanents à Ottawa, Washington

18. Article 2001(2) de l'ALENA (article 1802 de l'ALE).

19. Article 2001(5) de l'ALENA.

et Mexico. Il semble que l'ALENA jouira par conséquent d'une présence institutionnelle plus marquée que l'ALE, ce qui s'avérera certes utile dans la mesure où d'autres nations décideraient de s'adjoindre à l'ALENA.

(B) Dispositions relatives au règlement des différends

La nature du mécanisme de règlement des différends commerciaux de nature générale, tout comme les mécanismes plus spécialisés, ont fait l'objet de bien des débats dans le cadre de la négociation de l'ALENA. Le Canada, tout comme le Mexique, aurait bien voulu voir substituer à l'ancien mécanisme du Chapitre 18 de l'ALE une procédure s'apparentant davantage à un tribunal trilatéral, comme l'avait recommandé le groupe d'étude formé en 1991 par l'Association des barreaux canadien et américain ainsi que celui du Mexique.²⁰

Face surtout à la réticence des États-Unis sur cette question, les négociateurs de l'ALENA se sont finalement contentés de reprendre les dispositions du Chapitre 18 de l'ALE en y apportant certaines modifications que nous identifierons plus loin.

(i) Le mécanisme retenu sous l'ALENA

Tout comme son prédécesseur, le mécanisme de règlement des différends prévu au Chapitre 20 de l'ALENA est à la fois souple et efficace. La souplesse de l'ALENA est marquée par le fait que la Partie plaignante, lorsque le différend se rapporte à la fois au GATT et à l'Accord, est libre de choisir le mécanisme prévu par l'un ou l'autre de ces traités.²¹ Si la Partie plaignante choisit le mécanisme de l'ALENA, le Chapitre 20 établit une procédure dont l'efficacité est assurée par des délais stricts.

L'ALENA prévoit trois étapes pour le règlement des différends. Comme dans la plupart des autres accords économiques inter-étatiques, tel le GATT, l'ALENA accorde la priorité aux arrangements à l'amiable par voie de consultation.²² On peut constater que c'est la méthode privilégiée, indispensable

20. *Supra*, note 15.

21. Il faut noter que si la Partie plaignante choisit le mécanisme du GATT, elle doit notifier la tierce Partie de l'ALENA de son choix. Si celle-ci veut se joindre à l'affaire en tant que demandeur mais qu'elle ne désire pas soumettre le différend à un *panel* du GATT, des consultations ont lieu pour que les deux Parties s'entendent sur le forum désiré. Au cas où les Parties ne peuvent se mettre d'accord, le différend devra être réglé par le processus de l'ALENA. Une fois le choix fait, la procédure choisie sera utilisée à l'exclusion de toute autre.

22. Articles 2006-2008 de l'ALENA (article 1804 de l'ALE). Ceci est conforme à l'axiome de droit international que les meilleures solutions sont celles qui sont négociées. Pour une description de la méthode de négociation, voir P.-M. Dupuy, *Droit international public*,

pour le règlement des différends, car elle permet aux Parties de définir clairement leurs positions et arguments respectifs sans l'intervention d'un tiers. En fait, la section de l'ALENA traitant du règlement des différends débute par une invitation générale exhortant les Parties à «s'entendre sur l'interprétation et l'application du présent accord» et à s'engager «par la coopération et la consultation, à trouver une solution mutuellement satisfaisante à toute question».²³

Par le biais de son bureau national du Secrétariat, une Partie peut donc demander des consultations avec une autre. L'ALENA permet de plus à l'État qui n'est pas impliqué dans le différend mais qui estime que ses propres intérêts sont en jeu, de participer aux consultations et aux représentations devant les groupes spéciaux. En revanche, cet État tiers n'a le droit ni de recevoir, ni de commenter le rapport final du groupe spécial.²⁴

Les Parties sont limitées à un délai de trente à quarante-cinq jours à compter de la date à laquelle la demande de consultation est faite pour compléter leurs consultations et trouver une solution. S'il est impossible de régler le différend dans ces délais, la Commission du libre-échange peut intervenir à la demande d'une Partie. La Commission doit alors être convoquée par voie de demande écrite exposant la question en litige et précisant les dispositions de l'Accord applicables. Elle doit se réunir dans les dix jours suivant la demande et s'efforcer de régler le différend dans les meilleurs délais.²⁵ Notons ici la souplesse du système qui donne à la Commission une vaste gamme de pouvoirs pour lui permettre de parvenir à une entente. L'article 2007 envisage en effet le recours aux bons offices, à la médiation, à la conciliation (la convocation d'une réunion d'experts sur la question, par exemple) ou à d'autres procédures semblables. Si la Commission ne parvient pas à régler le différend dans un délai de trente jours, toute Partie consultante peut alors demander la création d'un groupe spécial en vertu de l'article 2008 de l'ALENA.²⁶

Le Chapitre 20 de l'ALENA reprend essentiellement les dispositions du Chapitre 18 de l'ALE quant à la procédure suivie par les groupes spéciaux, avec quelques exceptions que nous examinerons plus loin. Comme auparavant, le

Paris, Dalloz-Sirey, 1992 à la p. 376, para. 506.

23. Article 2003 de l'ALENA.

24. L'article 2016(2) de l'ALENA stipule que le rapport final sera soumis «aux Parties en litige».

25. Article 2007(2), (3) & (4) de l'ALENA (article 1805(1) de l'ALE).

26. Il faut noter que sous l'article 1806 de l'ALE, il existait un mécanisme d'arbitrage obligatoire lorsqu'il s'agissait de mesures d'urgence prises dans le cadre du Chapitre 11 ou tout autre litige si les Parties en convenaient ainsi. L'arbitrage obligatoire n'est plus une option pour les Parties à l'ALENA. Cette méthode, qui allait à l'encontre de la souveraineté des Parties, n'avait jamais été employée pour régler des différends entre le Canada et les États-Unis - elle n'a donc pas été incluse dans l'ALENA.

mandat d'un groupe spécial est de déterminer si la mesure contestée de l'État défendeur est compatible avec ses obligations aux termes de l'ALENA. À compter de son institution, ce groupe a trois mois pour rendre aux Parties un rapport initial présentant ses conclusions quant à la compatibilité de la mesure contestée ainsi que ses recommandations pour régler le différend.²⁷ Les Parties ont ensuite quatorze jours pour accepter ou rejeter la totalité ou une partie du rapport et pour présenter un exposé écrit à la Commission et au groupe spécial motivant leurs objections, s'il en est.²⁸ Après avoir pris connaissance des commentaires des Parties, le groupe spécial réexamine son rapport initial et soumet un rapport final, rendu public dans les trente jours de la remise du premier.²⁹

Contrairement à l'ALE qui stipulait que la Commission devait statuer sur la résolution du différend en se basant sur le rapport du groupe spécial, l'ALENA prévoit plutôt qu'il incombe aux Parties elles-mêmes de parvenir à une solution à partir des recommandations et conclusions du rapport final.³⁰ On constate donc que le rôle de la Commission est diminué à cet égard, ce qui est probablement préférable dans la mesure où la Commission aura déjà échoué dans sa tentative de régler le différend en question et n'a probablement plus ni la crédibilité ni l'objectivité requises pour être très utile à ce stade du processus. D'autre part, cette mise à l'écart de la Commission démontre la volonté des Parties de reconnaître un rôle plus important aux groupes spéciaux qui ne sont dorénavant plus que de simples consultants dont la tâche est d'assister la Commission dans ses efforts de résolution des différends; le recours aux groupes spéciaux est devenu une seconde étape distincte dans le mécanisme de règlement des différends prévu par l'ALENA.

Finalement, si les Parties ne peuvent s'entendre sur une solution acceptable dans les trente jours de la réception du rapport final d'un groupe spécial, il est prévu, comme à l'article XXIII du GATT et au Chapitre 18 de l'ALE, que la Partie plaignante peut suspendre des avantages équivalents jusqu'à ce que le différend soit réglé.³¹ La rétorsion demeure donc la mesure ultime sous l'ALENA.

Même si le droit de la Partie plaignante de prendre des mesures équivalentes peut avoir un effet dissuasif, il demeure que la nature du «tac au tac» d'un tel système peut finalement aboutir à l'instauration de nouvelles barrières d'échanges plutôt qu'à l'élimination de la mesure qui a causé le

27. Article 2016(2) de l'ALENA (article 1807(5) de l'ALE).

28. Article 2016(4) de l'ALENA (article 1807(5) de l'ALE).

29. Article 2017 de l'ALENA (article 1807(6) de l'ALE).

30. Article 2018(1) de l'ALENA.

31. Article 2019(1) de l'ALENA (article 1807(9) de l'ALE).

différend. Peut-être aurait-il fallu que les États signataires aient accepté de rendre les décisions des groupes spéciaux obligatoires? On constate, encore une fois, que les États tiennent à garder leur pouvoir décisionnel souverain intact.

Dans l'ALENA, on a par contre tenté d'atteindre un certain compromis en prévoyant que si la Partie plaignante juge la rétorsion de l'autre excessive, elle pourra demander à un groupe spécial d'examiner les mesures commerciales qui auront pu lui être imposées.³² De plus, comme l'observaient Gary Horlick et Debra Valentine à propos de l'ALE, le droit de rétorsion contenu à cet accord est plus limité et effectif que celui du GATT :

«The possibility of direct, prompt retaliatory action appropriately limited to the particular matter complained of should also help to encourage the mutual resolution and avoidance of disputes. It is preferable to the GATT practice under which parties have greater leeway to retaliate in ways that escalate or widen the dispute to encompass areas not originally involved.»³³

Même si le mécanisme retenu au Chapitre 20 de l'ALENA est loin d'être aussi avant-gardiste que certains observateurs auraient pu le souhaiter, force est d'admettre qu'il comporte des avantages certains par rapport à la procédure équivalente sous le GATT. En effet, le mécanisme retenu, tout comme celui qu'on retrouvait déjà sous le Chapitre 18 de l'ALE, est en pratique plus efficace et rapide parce qu'il prévoit des délais fixes pour chaque étape de la procédure et que les décisions des groupes spéciaux ne peuvent faire l'objet d'aucun appel. Ainsi, si tous les délais sont respectés, une solution à un différend devrait pouvoir intervenir moins de neuf mois après le début du processus, alors que celui-ci durerait jusqu'à deux ans dans le cadre du GATT. De plus, étant donné que les Parties ont défendu aux fonctionnaires de leurs gouvernements respectifs de participer aux groupes spéciaux, l'indépendance de ces groupes est mieux assurée. Enfin, les individus choisis pour faire partie de ces groupes étant des experts dans le domaine visé, leurs décisions seront probablement plus cohérentes.

32. Article 2019(3) de l'ALENA.

33. G.N. Horlick et D.A. Valentine, «Improvements in Trade Remedy Law and Procedures Under the Canada-United States Free Trade Agreement», à la p. 42.

(ii) Expérience avec le Chapitre 18 de l'ALE

Depuis sa création en 1989, la Commission mixte du commerce canado-américain n'a examiné que peu de questions sous les auspices du Chapitre 18 de l'ALE.³⁴ Des différends soumis à la Commission, seulement cinq ont résulté en l'établissement de groupes spéciaux : les autres ont été directement résolus par la Commission.

La plupart des questions soulevées en vertu du Chapitre 18 de l'ALE devant la Commission ou un groupe spécial portaient sur l'application de mesures normatives nationales à l'importation de produits. Il est clair qu'afin d'assurer des standards de qualité, il faut imposer certaines normes. À l'occasion, il arrive cependant que ces normes soient plutôt établies pour favoriser les entreprises nationales au détriment de concurrents étrangers. En vertu du GATT, les pays ne doivent faire de discrimination entre leurs produits et les produits importés ni en appliquant des règlements, ni en utilisant ces règlements comme obstacles déguisés au commerce.³⁵ Ainsi, dans tous les cas qui se sont présentés en vertu de l'ALE, la Commission et les groupes spéciaux ont dû décider si les mesures normatives contestées étaient justifiées en l'espèce ou si elles étaient simplement destinées à nuire aux importations autrement concurrentielles de l'autre État.

Examinons donc la façon dont certaines de ces questions ont été traitées dans le cadre de l'ALE. La base de la première requête présentée en vertu du Chapitre 18, l'affaire du *Saumon et hareng de la côte du Pacifique*,³⁶ était un règlement canadien qui prohibait l'exportation du saumon et du hareng non transformés. Les États-Unis ont contesté cette mesure devant un *panel* du GATT, lequel leur a donné raison en jugeant la réglementation canadienne

34. Parmi les cinq cas résolus par les groupes spéciaux, deux étaient renvoyés par le gouvernement des États-Unis: *Saumon et hareng de la côte Ouest du Canada* (1989), 2 T.C.T. 7162 (Ch. 18 Groupe spéc.), 1 T.T.R. 237 [ci-après *Saumon et hareng de la côte du Pacifique* avec renvois aux T.C.T.]; et *Interprétation et observation de l'article 701.3 par le Canada en ce qui concerne le blé dur* (8 février 1993), CDA-92-1807-01 (Ch.18 Groupe spéc.). Les cas renvoyés à des groupes spéciaux par le Canada sont les suivants: *Réglementation américaine sur le homard* (1990), 3 T.C.T. 8182 (Ch.18 Groupe spéc.), 2 T.T.R. 72 [ci-après *Homards du Canada* avec renvois aux T.C.T.]; *Traitement des intérêts non hypothécaires aux termes de l'article 304* (8 juin 1992), USA-92-1807-01 (Ch. 18 Groupe spéc.); *Réglementation de Porto Rico sur l'importation, la distribution et la vente de lait UHT du Québec* (3 juin 1993) USA-93-1807-01 (Chp. 18 Groupe spéc.).

35. L'Accord relatif aux obstacles techniques au commerce, GATT (1979), Supp. no. 26 I.B.D.D. (1980)9, conclu lors des négociations commerciales multilatérales du *Tokyo Round* (1973-1979) et suppléé par l'Accord de l'*Uruguay Round*, expose en détail des règles de procédure visant à aider les pays à régler les différends qui pourraient survenir dans l'application des normes.

36. *Supra*, note 34.

incompatible avec l'article XI de l'Accord Général.³⁷ Par conséquent, le Canada a substitué à l'interdiction d'exportation une obligation de «débarquement», de sorte que tout saumon et tout hareng capturé sur la côte ouest du Canada devait être «débarqué» au Canada dans une station autorisée. Selon les autorités canadiennes, cette mesure était nécessaire afin de déterminer le quota de poissons capturés dans le but de contrôler leur conservation.

Les États-Unis ont contesté ces nouvelles mesures canadiennes en présentant cette fois une demande de consultations sous l'égide de l'ALE. Ces dernières n'ont pas abouti et, au printemps 1989, les États-Unis ont demandé l'institution d'un groupe spécial. Le mandat de ce dernier était de déterminer si l'obligation de débarquement était une restriction à l'exportation telle qu'envisagée à l'article XI:1 du GATT et, dans l'affirmative, si elle pouvait néanmoins être permise par le truchement des exceptions prévues à l'article XX relativement à la protection de l'environnement.³⁸ En octobre 1989, le groupe spécial rendit sa décision. Il jugea tout d'abord que la mesure canadienne était une restriction à l'exportation au sens de l'article XI:1, malgré son application égale aux poissons pour vente domestique qu'à ceux destinés à l'exportation, au motif que l'obligation de débarquement imposait un fardeau plus lourd aux pêcheurs étrangers qu'à ceux du Canada.³⁹

En revanche, le groupe spécial reconnut la légitimité des préoccupations environnementales du Canada pour lesquelles l'article XX du GATT prévoit des exceptions. Sur cette question, l'analyse du groupe est intéressante en ce qu'elle fait usage d'un critère de «proportionnalité» - une notion européenne relativement peu employée dans ce contexte par les juristes nord-américains.⁴⁰ Le groupe se demanda si l'objectif de conservation de l'obligation de débarquement justifiait l'entorse faite à la libre circulation des biens et s'il n'existait pas une autre méthode moins radicale qui aboutisse au même résultat.⁴¹ Le groupe spécial conclut qu'il n'était pas nécessaire que la totalité des poissons et crustacés capturés soient débarqués au Canada pour permettre d'assurer un contrôle adéquat de la conservation des espèces.⁴² Le groupe estima plutôt que seulement 80 à 90 p. cent des poissons et crustacés pêchés devraient être

37. *Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon (United States c. Canada)* (1988), GATT Doc. L/6268, Supp. no. 35 I.B.D.D. (1988) 98.

38. Voir T.L. McDorman, «Using the Dispute Settlement Regime of the Free Trade Agreement: The West Coast Salmon and Herring Problem», (1990) 1 C.U.B.L.R. 177.

39. *Saumon et hareng de la côte du Pacifique*, *supra*, note 34 aux pp. 7170-71.

40. Graham, *supra*, note 7 à la p. 561.

41. *Saumon et hareng de la côte du Pacifique*, *supra*, note 34 aux pp. 7173-77.

42. Le groupe spécial a déterminé que l'obligation de débarquer 100% de la pêche «could not be said to be primarily aimed at conservation» tel que défini dans l'article XX(g) du GATT et a donc trouvé qu'il n'avait pas d'exemption sous l'article 1201 de l'ALE. *Ibid.* aux pp. 7175 et 7179.

débarqués au Canada et que le reste pourrait être expédié directement aux États-Unis.⁴³

Par contre, après l'émission du rapport du groupe spécial, les Parties ne pouvaient s'entendre sur le sens à donner à ses conclusions.⁴⁴ Des négociations ont eu lieu, et la Commission est finalement parvenue à un consensus. Celui-ci permettait au Canada de maintenir ses obligations de débarquement tout en exemptant les pêcheurs américains pour 25 p. cent de leur part de saumon et de hareng.⁴⁵ Avec ce compromis, les manufacturiers américains avaient un meilleur accès aux eaux de la côte ouest, tandis que le Canada pouvait maintenir ses exigences de débarquement envers les autres pays qui pêchaient dans ses eaux comme, par exemple, le Japon.

Contrairement au premier, le deuxième différend traité sous le Chapitre 18, l'affaire des *Homards du Canada*,⁴⁶ illustre plutôt les faiblesses de ce mécanisme - les enjeux politiques jouent encore un rôle trop important. La question soulevée dans cette affaire était de savoir si l'alinéa 307(1) (J) de la *Magnuson Fishery Conservation and Management Act*, qui interdit la vente de homards vivants de petite taille aux États-Unis, équivaut à une restriction à l'importation au sens de l'article XI:1 du GATT (article 407 de l'ALE); et, dans l'affirmative, si cette disposition pouvait néanmoins être permise en tant que mesure conservatoire au sens de l'article XX(g) (article 1201 de l'ALE).

Malgré la similitude de la question en litige avec celle de l'affaire traitée précédemment, le mandat donné au groupe spécial fut toutefois beaucoup plus circonscrit. Au lieu de pouvoir s'attarder à la question fort pertinente de déterminer si la législation américaine sur les homards discriminait injustement contre les homards importés, le groupe fut chargé de résoudre le différend sur des bases purement techniques à savoir si l'article XI:1 ou l'article III (traitement national) du GATT s'appliquait en l'espèce. En rejetant l'argumentation canadienne, la majorité du groupe spécial - les trois des cinq membres qui étaient de nationalité américaine - a conclu que la réglementation contestée ne contrevenait pas à l'article XI:1 car elle ne distinguait pas entre les homards importés et les homards domestiques et qu'il s'agissait en l'espèce plutôt d'une «mesure interne» régie par l'article III.⁴⁷ Par conséquent, la question de

43. *Ibid.*, aux pp. 7177-78.

44. Voir «A Bad Start to Trade Process», *The Financial Post* (27 novembre 1989) 12; H. Solomon, «Panel Brings End to Salmon Fishery Dispute», *The Financial Post* (26 octobre, 1989) 11.

45. Gouvernement du Canada, Communiqué 90/38, «Decision of the Canada-United States Trade Commission on the Elements of an Agreement in Respect to the Matter of West Coast Salmon and Herring», (22 février 1990).

46. *Supra*, note 34.

47. *Ibid.*, aux pp. 8198-8210.

l'application de l'article XX(g) du GATT n'a jamais pu être soulevée, et, contrairement à l'affaire du *Saumon et hareng de la côte du Pacifique*, on n'eut pas recours à la notion de proportionnalité, à savoir si l'objectif des mesures législatives américaines était une entrave raisonnablement permise au principe de la libre circulation des biens. Le gouvernement canadien a rejeté cette décision. Cependant, la réglementation américaine reste en vigueur et est appliquée à ce jour aux homards canadiens.

Les circonstances entourant le déroulement de cette affaire, plus que la décision elle-même, ont démontré à quel point le mécanisme du Chapitre 18 de l'ALE était susceptible de subir les pressions politiques des Parties impliquées. En premier lieu, le Canada et les États-Unis ont tous deux exercé à plusieurs reprises le droit de veto dont jouissaient les Parties sous l'ALE dans le cadre de la sélection des membres du groupe spécial. En deuxième lieu, suite à une fuite de la teneur du rapport préliminaire,⁴⁸ les pressions politiques ouvertes sont devenues évidentes et la confiance publique en ce mécanisme de règlement s'est amoindrie. On a alors vu, comme le craignaient certains auteurs, que la Commission, une institution jouissant pourtant théoriquement d'un certain niveau d'indépendance, peut facilement subir des pressions politiques externes et être sujette à l'influence indue des Parties à l'Accord.⁴⁹

Ce risque de politisation n'a pas été ignoré par les négociateurs de l'ALENA. Afin de tenter de l'éliminer, ils ont établi une méthode novatrice de sélection des membres d'un groupe spécial qui vise à assurer son efficacité et son impartialité. Au lieu d'avoir des listes séparées de personnes habilitées à faire partie du groupe spécial, comme c'était le cas sous l'ALE, l'ALENA stipule à son Chapitre 20 que les trois États signataires établiront par consensus une liste commune de trente experts commerciaux, juridiques et autres (cette qualification d'expert n'étant pas prévue par l'ALE). C'est à partir de cette liste que les cinq membres de chaque groupe spécial seront choisis suivant une nouvelle méthode de «sélection inverse».⁵⁰ En vertu de celle-ci, les deux Parties en désaccord doivent d'abord s'entendre sur le président du groupe spécial dans un délai de quinze jours à partir de la date de demande de son institution. À défaut d'accord, il y a un tirage au sort; la Partie gagnante doit alors nommer un individu qui n'est pas un de ses propres citoyens, donc un citoyen d'un des deux

48. C. Graham, «Leak Hints Trade Panel's First Ruling Favours U.S.», *The Toronto Star* (23 septembre 1989), C1.

49. S. Clarkson, «The Canada-United States Trade Commission: The Political Implications of CUSTER» dans M. Gold et D. Leyton-Brown, dir., *Trade-offs on Free Trade*, Toronto, Carswell, 1988, 160 à la p. 160 et s.; S.J. Toope, «Dispute Settlement Under Canada-United States Free Trade Agreement» dans *Access to Market Under the Canada-U.S. Free Trade Agreement*, Conférence de l'Institut de droit comparé, Université McGill, Montréal, 1987 aux pp.7-10.

50. Article 2011 de l'ALENA.

autres pays partie à l'ALENA, ou encore d'un pays neutre, pour présider le groupe. Par la suite, la Partie défenderesse choisit deux membres du groupe parmi les citoyens de la Partie plaignante et cette dernière en choisit deux autres qui sont citoyens de la Partie défenderesse.⁵¹ Pour les différends qui opposent les trois Parties, les membres du groupe spécial seront choisis de la même façon. Les trois pays devront se mettre d'accord sur le président. Si c'est impossible, le choix se fera par tirage au sort et la Partie gagnante devra choisir un président qui n'est pas l'un de ses propres ressortissants. Les deux Parties plaignantes nommeront alors deux membres parmi les citoyens du pays défendeur, lequel désignera à son tour un membre ressortissant de chacune des Parties plaignantes.⁵² Cette méthode de sélection et le recours à une liste commune devraient accroître l'impartialité des groupes spéciaux.

En plus du problème de la politisation du processus de règlement des différends sous l'ALE, l'expertise et la compétence des membres des groupes spéciaux est un autre sujet qui a fait couler beaucoup d'encre lors de la négociation de l'ALENA; plus particulièrement, on s'interrogeait sur la capacité des membres des groupes spéciaux pour régler des questions portant sur les obstacles techniques au commerce. Les groupes de pression environnementaux, à titre d'exemple, prétendaient qu'ils n'avaient pas la formation requise pour répondre à ces questions.⁵³ Par conséquent et contrairement à l'ALE, l'ALENA contient des procédures spéciales qui permettent dorénavant aux groupes spéciaux d'obtenir des avis d'experts sur les questions environnementales, les normes techniques et d'autres sujets connexes au cours de leurs délibérations.⁵⁴ Ceci devrait contribuer à accroître la crédibilité des groupes spéciaux et, partant, faciliter le règlement des différends sur la base de leurs rapports.

Finalement, l'ALENA corrige une autre lacune de l'ALE quant à la procédure à suivre lorsqu'une question d'interprétation ou d'application de l'Accord se pose au cours d'un différend entre parties privées dans un forum national. L'article 2020 de l'ALENA prévoit que ces questions peuvent dorénavant être soumises à la Commission après avis aux autres Parties. Cette

-
51. Article 2011(1) de l'ALENA. Pour donner un exemple concret, si un différend survient entre le Canada et les États-Unis, l'une de ces deux Parties peut demander l'institution d'un groupe spécial. Si jamais les deux Parties ne peuvent s'entendre sur un président, il y aurait un tirage au sort. Supposons que le Canada gagne, il devra choisir un individu qui n'est pas ressortissant du Canada pour présider le groupe spécial. Ensuite, les États-Unis sélectionneront deux membres du groupe spécial, ressortissants d'un pays autre que les États-Unis. Finalement, le Canada nommera deux membres qui seront citoyens des États-Unis.
52. Article 2011(2) de l'ALENA.
53. Voir, Rapport Spécial «Draft Dispute Settlement Text Leaves NAFTA-FTA Priority Unresolved», *Inside U.S. Trade* (31 juillet 1992).
54. Article 2015 de l'ALENA.

disposition encourage une interprétation homogène de l'Accord et devrait contribuer à son développement cohérent.

II. MÉCANISMES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN MATIÈRE DE DUMPING ET DE SUBVENTIONS

Les pratiques dites «déloyales», telles que le dumping et l'attribution de subventions, sont en principe interdites dans les échanges internationaux. Sous l'empire du GATT, les règles relatives au dumping se retrouvent à l'article VI de l'Accord général, et celles relatives aux subventions à ses articles VI et XVI, le tout tel que complété par des codes supplémentaires adoptés en 1979 suite aux négociations du *Tokyo Round*⁵⁵ et en 1993 suite aux négociations de l'*Uruguay Round*. Cette réglementation définit le dumping comme une pratique «qui permet l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à la valeur normale»⁵⁶, et une subvention comme incluant le «soutien des prix qui a directement ou indirectement pour effet d'accroître les exportations d'un produit du territoire de ladite partie contractante.»⁵⁷ Un État qui se sent lésé par de telles pratiques déloyales d'un autre État peut alors se prévaloir de «procédures de défense» commerciales - de droits antidumping et compensateurs - afin d'équilibrer la concurrence injuste qui en résulte. Les textes du GATT établissent clairement les modalités des différentes étapes de ces mécanismes de défense; pourtant, les critères applicables se sont révélés en pratique trop imprécis et ont mené à des interprétations souvent divergentes de la part des différents États.⁵⁸

Par conséquent, un bon nombre de pays se sont dotés de réglementations unilatérales en vue de se protéger plus adéquatement contre certaines pratiques qui ne sont pas expressément visées par le Code antidumping ou par le Code relatif aux subventions et aux droits compensateurs. Avec le temps, par contre, il est devenu de plus en plus évident que ces lois nationales, conçues à l'origine pour faciliter les échanges et les rendre plus équitables, sont devenues des armes

55. *Accord relatif à la mise en oeuvre de l'article VI de l'Accord général*, GATT (1979), Supp. no.26 I.B.D.D. (1980) 171 [ci-après Code antidumping]; *Accord relatif à l'interprétation et l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général*, GATT (1979), Supp. no.26 I.B.D.D. (1980) 56 [ci-après Code relatif aux subventions et aux droits compensateurs]. Le Canada a mis en oeuvre ces deux accords avec la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. 1985, c. S-15, tandis que les États-Unis l'ont fait par le *Trade Agreements Act of 1979*, Pub.L. No. 96-39, 93 Stat. 144, 150 (1979), et le Mexique par les *Réglementations du commerce extérieur du Mexique*, *infra*, note 69.

56. Article VI(1) de l'Accord général qui est complété par l'article 2(a) du Code antidumping.

57. Article XVI(a)(1) de l'Accord général qui est complété par le Code relatif aux subventions et aux droits compensateurs.

58. Il n'y a pas de définition dans les textes du GATT de la notion de «concurrence déloyale» ni de la notion de «pratique commerciale déloyale». On espère que l'Accord de l'*Uruguay Round* se révélera assez précis pour parvenir à combler certaines de ces lacunes.

protectionnistes. Les critères de celles-ci sont souvent appliqués subjectivement et leur manque de transparence les rendent nuisibles; l'incertitude qui en résulte réduit l'efficacité des échanges internationaux.

Les États-Unis sont accusés de recourir couramment à l'imposition de droits compensateurs et antidumping afin de protéger leurs propres entreprises. Comme le constate Michael Trebilcock, «[i]t is widely noted that in practice CVD [countervailing duty] actions are almost entirely the preserve of the U.S.»⁵⁹. Ainsi, entre 1980 et 1986, onze recours contre des produits canadiens et vingt-six contre des produits en provenance du Mexique ont été intentés aux États-Unis; de ces recours, dix-neuf ont résulté en des ordonnances restrictives au commerce sous une forme ou une autre.⁶⁰ Dès lors, l'application de droits compensateurs et antidumping est devenu un grief important contre le gouvernement américain, dont les politiques mettaient en question «l'accès» au marché américain.⁶¹ Alors que le Canada et le Mexique soutenaient que la législation américaine était appliquée de façon protectionniste, les États-Unis contestaient quant à eux les subventions octroyées par ses deux futurs partenaires au bénéfice de certaines de leurs industries nationales.⁶²

Lors des négociations de l'ALE, le Canada a tenté d'éliminer le recours à ces régimes nationaux pour mettre en place un système unique applicable aux deux pays, ce qui aurait également permis la mise en place d'un système de règlement des différends semblable à celui du Chapitre 20 de l'ALENA. Les

59. M. Trebilcock, «Is the Game Worth the Candle? Comments on a Search for Economic and Financial Principles in the Administration of the U.S. Countervailing Duty Law», (1990) *Law & Pol'y Int'l Bus.* 723 à la p.723.

60. Ceci contraste avec la situation au Canada où depuis l'adoption en 1984 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, *supra* note 55, jusqu'à 1987, il n'y a eu que onze cas déposés en tout et partout dont un seul contre les États-Unis. Durant la même période, les industries américaines soumettaient 300 cas. Voir Table 4.6 dans S. Weintraub, *A Marriage of Convenience: Relations Between Mexico and the United States*, New York, Oxford University Press, 1990 aux pp. 81-82.

61. Les dispositions du «super 301» de l'*Omnibus Trade Act*, *infra* note 68, étaient fortement contestées par le Canada et le Mexique. Celles-ci permettent au Représentant des États-Unis pour les négociations commerciales d'identifier les «pays prioritaires» qui se livrent à des pratiques commerciales déloyales et préjudiciables aux intérêts américains et de mettre en oeuvre unilatéralement à leur encontre des mesures de rétorsion si ils ne les corrigent pas. Voir Carreau, Flory et Juillard, *supra* note 6, à la p.271.

62. Les subventions octroyées par le gouvernement mexicain aux producteurs de marchandises exportées aux États-Unis se sont avérées plus importantes que celles allouées par le gouvernement canadien. Par conséquent, un accord bilatéral, intitulé *Understanding Between the United States and Mexico Regarding Subsidies and Countervailing Duties*, fut signé le 23 avril 1985 entre les deux gouvernements, en vertu duquel un nombre de programmes mexicains de subventionnement furent éliminés. Voir G.C. Smith, «The United States-Mexico Framework Agreement; Implications for Bilateral Trade», (1989) 20 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 655 aux pp. 660-61.

États-Unis ont cependant refusé et les négociations ont alors presque échoué.⁶³ La même tentative a été reprise par le Mexique (avec le soutien du Canada) en 1990, mais les États-Unis sont restés fermes sur leur position. Par conséquent, la seule autre solution était de concevoir un mécanisme de règlement des différends distinct qui mènerait les trois pays à aligner leurs politiques commerciales et économiques nationales avec les objectifs de non-discrimination et de transparence énoncés au Chapitre 1 de l'ALENA. Ceci a mené à l'inclusion du Chapitre 19 à l'ALENA qui est destiné, comme c'était le cas pour le Chapitre 19 de l'ALE, à assurer «une concurrence loyale afin de garantir aux agents économiques de part et d'autre de la frontière l'égalité d'accès à toute la zone de libre-échange établie aux termes de l'Accord.»⁶⁴

(A) Mécanismes de règlement des différends spécifiques en matière de droits antidumping et compensateurs

Sous l'article 1907 de l'ALE, les Parties s'étaient mises d'accord pour négocier et mettre en place un régime unique de réglementation concernant la fixation de prix inéquitables et des subventions gouvernementales dans un délai de cinq ans à partir du 1er janvier 1989. La pénalité sanctionnant l'absence d'accord dans les délais prévus était sévère : l'une ou l'autre des Parties pouvait dénoncer l'Accord sur simple préavis de six mois.⁶⁵ L'ALENA a éliminé cette date-butoir. Les trois Parties signataires ont plutôt décidé de s'engager à créer des groupes de travail portant sur la définition de subvention et de dumping de même que sur la modification des mécanismes de règlement des différends commerciaux - mais tout ceci sans prévoir ni de délai fixe ni de dénonciation de l'Accord en cas d'échec. Deux groupes de travail ont récemment été formés dans le but de résoudre ces questions d'ici le 31 décembre 1995.⁶⁶

Dans l'intérim l'ALENA, tout comme l'ALE, prévoit que les législations nationales sur les droits antidumping et compensateurs resteront en vigueur. Au Canada, la législation applicable est la *Loi sur les mesures spéciales*

63. J.P. McIlroy, «Antidumping and Countervailing Duties Dispute Resolution under the Canada-United States Free Trade Agreement - The First Year in Review», (1991) Can.-U.S. Bus. L. Rev. 190 à la p. 191. L'inclusion d'un mécanisme de règlement des différends en matière de dumping et de subventions dans l'ALE était une condition *sine qua non* pour le Canada. Voir M. Hart, «A Lower Temperature: the Dispute Settlement Experience Under the Canada-United States Free Trade Agreement», (1991) Am. Rev. Can. Stud. 193 à la p. 205.

64. T.V. Vakerixs, D.I. Wilson et K.G. Weigel, *Antidumping, Countervailing Duty, and Other Trade Actions*, New York, Practising Law Institute, 1987 aux pp. 193-271; *Le Commerce*, *supra*, note 4 à la p. 287.

65. Article 1906 de l'ALE.

66. 10 I.T.R. 2051 (8 décembre 1993).

d'importation;⁶⁷ aux États-Unis c'est le *Tariff Act of 1930*;⁶⁸ et au Mexique la législation applicable est *Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Comercio Exterior*.⁶⁹ Ces trois régimes nationaux sont basés sur les principes du GATT et exigent la preuve à la fois d'une pratique illicite, d'un «préjudice important» au marché national⁷⁰ et d'un lien de causalité entre les deux pour imposer des droits antidumping ou compensateurs.

(i) Amorce de la procédure

Le Chapitre 19 de l'ALENA stipule que si le gouvernement d'un État signataire souhaite contester une décision finale⁷¹ sur une question de dumping ou de subventions rendue par l'organisme d'enquête compétent d'un autre État

67. *Supra*, note 55.

68. L'article 337 du *Tariff Act of 1930*, 19 U.S.C. [ci-après *Tariff Act of 1930*] - amendé par la Section 301 du *Trade and Tariff Act of 1984*, Pub. L. 98-573, 24 I.L.M. 823, qui elle-même a été remplacée par la «super 301» du *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988, Pub. L. 100-418, 28 I.L.M. 15 [ci-après *Omnibus Trade Act*].

69. Cette législation fut adoptée en 1986, lorsque le Président Miguel de la Madrid remplaça les législations protectionnistes de son pays par une structure douanière fondée sur les principes du GATT. *Diario Oficial [D.O.]*, 13 janvier 1986 [ci-après *Loi du commerce extérieur du Mexique*], et *Reglamento contra Prácticas Desleales del Comercio Internacional*, D.O., 25 novembre 1986, amendé par *Decreto por el cual se Reforma y Adiciona el Reglamento Contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional*, D.O., 19 mai 1988 [ci-après *Réglementations du commerce extérieur du Mexique*]. Pour un sommaire de l'évolution politico-économique récente du Mexique, voir M. Delal Baer, «North American Free Trade», (1991) *Foreign Aff.* 132.

70. La *Loi du commerce extérieur du Mexique* de 1986 portait atteinte au deuxième volet de ce test en étant moins exigeante: il fallait simplement prouver qu'un produit importé causait un «préjudice» - non un «préjudice important» - aux producteurs mexicains. Par conséquent, les droits antidumping et compensateurs risquaient d'être plus facilement octroyés par les autorités mexicaines. (Voir, *Review of Trade and Investment Liberalization Measures by Mexico and prospects for Future United States-Mexico Relations*, USITC Pub.2275, Inv. No. 332-182 (1990) aux pp. 4-12). Cette inquiétude fut éliminée en 1987 lorsque le Mexique signa le Code antidumping du GATT, lequel exige la preuve d'un «préjudice important» dans les cas de dumping.

71. Notez que selon l'article 1904(1) de l'ALENA, seules les décisions finales peuvent être soumises au mécanisme du Chapitre 19, mais, pour les producteurs, les principales difficultés surviennent souvent au début de l'instance ou lors des décisions préliminaires. Pour une discussion du problème sous l'ALE, voir J. Quinn, «A Critical Perspective on Dispute Settlement», dans M. Gold et D. Leyton-Brown, dir., *supra* note 49, 188 aux pp. 188-190.

signataire,⁷² il peut le faire en demandant l'institution d'un groupe spécial binational. La tierce Partie ne peut intervenir dans ce processus.⁷³

L'Annexe 1901.2 de l'ALENA tente de mettre en oeuvre un processus rapide, crédible et peu coûteux pour l'institution des groupes spéciaux binationaux. Dès la demande de l'institution d'un groupe spécial, les Parties ont trente à soixante jours pour choisir les cinq membres de ce groupe à partir d'une liste préétablie de soixante-quinze candidats (vingt-cinq de chaque État signataire).⁷⁴ Le groupe spécial dispose d'un délai de 315 jours pour rendre sa décision, ce qui constitue un net progrès par rapport à l'examen par les tribunaux nationaux.⁷⁵ Évidemment, ces courts délais réduisent l'incertitude créée auparavant, ce qui est propice aux échanges commerciaux et respectueux de la mentalité du milieu des affaires où «le temps, c'est de l'argent.»

La crédibilité des membres du groupe spécial chargé de régler ces différends est assurée par le fait que les candidats potentiels doivent avoir démontré une haute compétence dans les domaines pertinents et être choisis pour «leur objectivité, leur fiabilité, leur discernement et leur connaissance générale du droit commercial international.» Afin de minimiser la possibilité qu'une partie choisisse des individus dont l'impartialité pourrait être douteuse, l'ALENA prévoit que chaque partie aura le droit d'opérer jusqu'à quatre récusations péremptoires afin d'exclure les candidats insatisfaisants proposés par l'autre partie pour siéger sur un groupe spécial donné.⁷⁶ De tels critères sauront augmenter la confiance que portent les entreprises nationales en ce processus d'examen binational. De plus, et contrairement à l'ALE, l'ALENA précise que la liste de candidats sera composée principalement de juges en exercice ou à la retraite. Ceci devrait assurer que les rapports rendus par les groupes spéciaux prennent une forme et adoptent un raisonnement plus juridique que par le passé.

Le mandat du groupe spécial consiste à examiner la conformité de la décision rendue par l'organisme d'enquête de la Partie importatrice avec la

72. L'organisme d'enquête dans le cas du Canada est le Tribunal canadien du commerce extérieur, dans le cas des États-Unis c'est l'*International Trade Administration* du Département du commerce ou le *United States International Trade Commission*, et pour le Mexique c'est le *Secretaría de Comercio y Fomento Industrial*.

73. L'Annexe 1901.2 de l'ALENA stipule la procédure pour établir un groupe spécial. Selon ces dispositions si, par exemple, le Canada rend une décision de dumping contre des produits identiques importés à la fois du Mexique et des États-Unis, deux groupes spéciaux seront institués: l'un pour la décision touchant les produits mexicains et l'autre pour celle touchant les produits américains.

74. Annexe 1901.2 de l'ALENA.

75. Par exemple, les affaires soumises à la *Court of International Trade* des États-Unis, demeuraient pendantes pour une durée de trois ou quatre ans avant qu'un jugement ne soit rendu.

76. Annexe 1901.2(2) de l'ALENA.

législation sur les droits antidumping ou compensateurs de cette dernière, en appliquant pour ce faire les principes juridiques qu'un tribunal de la partie importatrice appliquerait s'il était lui-même chargé de cette révision.⁷⁷ Un groupe spécial ne fait donc pas un examen *de novo* : il doit simplement examiner les faits présentés à l'organisme d'enquête chargé de l'affaire et vérifier si celui-ci a bien appliqué la loi commerciale pertinente. Le groupe spécial ne peut renverser la décision d'un tel organisme que s'il apparaît clairement que celui-ci n'a pas appliqué la législation nationale de façon conforme à la pratique courante, aux principes sous-jacents à cette législation et aux précédents.⁷⁸

Après avoir ainsi appliqué la législation nationale, le groupe spécial peut soit maintenir la décision finale ou, en cas de désaccord avec celle-ci, instruire l'organisme d'enquête impliqué à reconsidérer sa décision.⁷⁹ Suite à ce renvoi, l'organisme d'enquête a l'obligation de rendre une nouvelle décision qui ne soit pas incompatible avec les conclusions du groupe spécial. La décision rendue par le groupe spécial liera les deux pays impliqués - elle est en principe définitive et sans appel.

À la différence des cas régis par le Chapitre 20 qui sont initiés exclusivement par des entités gouvernementales, ceux visés au Chapitre 19 seront normalement entamés par des parties privées, comme c'était le cas sous l'ALE. En effet, les gouvernements de chaque Partie signataire ont l'obligation de demander la convocation d'un groupe spécial binational à la demande de toute partie privée ayant l'intérêt requis.⁸⁰ Ceci n'est pas sans conséquences lorsqu'on se rappelle qu'avant la mise en place du régime de l'ALE, un exportateur canadien impliqué dans une enquête américaine sur un cas de dumping devait lui-même assumer les coûts pour plaider sa cause devant, entre autre, l'*International Trade Administration* (le «ITA»), l'*International Trade Commission* (le «ITC») et le Congrès américain.⁸¹ Depuis la mise en place de

77. Les critères de révision sont établis à l'article 516 du *Tariff Act of 1930* pour les États-Unis et à la section 28(1) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* pour le Canada.

78. *United States c. Shimer*, 367 U.S. 374, 382-82 (1961) cité dans *PPG Industries Inc. c. United States*, 928 F. 2d 1568, 1572 (Fed. Cir. 1991) [ci-après *PPG Industries*].

79. Article 1904(8) de l'ALENA.

80. A.M. Rugman et A. Anderson, «The Dispute Settlement Mechanism Cases in the Canada-United States Free Trade Agreement: An Economic Evaluation», (1990) 246 Geo. Wash. J. Int'l L. and Eco. 1 aux pp. 4-5.

81. Les honoraires des avocats, tous autres frais mis à part, peuvent atteindre des centaines de milliers de dollars. Par exemple, il est estimé que lors de l'affaire *Certains produits de bois d'oeuvre du Canada* (1983) 48 Fed. Reg. 24159 (ITA, nég. finales), les honoraires d'avocats se sont élevés à près de quatre millions de dollars et plus d'un million lors de l'affaire *Porcs vivants et porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, *infra*, note 106. Voir G.N. Horlick et S.J. Landers, «The Free Trade Agreement Working Group: Developing a Harmonized and Improved Countervailing Duty Law», Travail présenté à la Conférence ABA aux pp. 405-06.

la procédure du Chapitre 19, c'est donc au gouvernement requérant d'assumer ces coûts.

(ii) Application du mécanisme aux législations nationales

En substituant en l'espèce aux tribunaux nationaux un groupe spécial binational, le processus du Chapitre 19 vise à contribuer à l'application impartiale et cohérente des lois nationales. Graham Winham, membre d'un groupe spécial institué sous le Chapitre 19 de l'ALE, a évalué l'application de ce mécanisme de la façon suivante :

«Chapter 19 represents a very real power given to an international body to review and where appropriate alter the actions of government agencies in sovereign countries [...] Counsel have reported that hearings before binational panels have been more challenging than equivalent hearings before U.S. courts.»⁸²

Le succès ultime de l'application du mécanisme du Chapitre 19 dépend donc pour une grande part de la compatibilité des législations nationales des parties. Bien que les critères de révision des tribunaux canadiens et américains paraissent à première vue semblables, une étude comparative de la jurisprudence démontre néanmoins qu'il est plus difficile de satisfaire aux exigences permettant de réviser les décisions administratives canadiennes.⁸³ Alors que le critère requis par la jurisprudence américaine est de savoir si la décision administrative contestée est soutenue par «*substantial evidence on the record*,»⁸⁴ le critère requis au Canada est plus large. Dans l'affaire *American Farm Bureau Federation c. Canadian Import Tribunal*,⁸⁵ la Cour Suprême du Canada a en effet établi qu'elle refusait d'intervenir dans la décision d'un tribunal fédéral s'il existait «*any evidence on which the finding of the Canadian International Trade Tribunal can be based*.» Vu le parallélisme relatif des textes législatifs nationaux en question, les critères précitées se rapprocheront-ils peut-être d'avantage en étant révisés par des groupes spéciaux binationaux composés de juristes provenant de chacun des États signataires.

82. G. Winham, «Dispute Settlement in the Canada-U.S. Free Trade Agreement», Département des sciences politiques de l'Université Dalhousie, Nova Scotia, 1990, à la p. 12.

83. Voir Graham, *supra*, note 7 à la p. 569. L'auteur indique que sur la question des critères de révision, les États-Unis ont un certain désavantage par rapport au Canada.

84. Article 516(2) du *Tariff Act of 1930*. Comme le stipule le CIT, «*[i]t is not in the ambit of the Court to choose the view which it would have chosen in a trial de novo as long as the agency's decision is supported by substantial evidence*.», *Hercules Inc. c. United States*, 673 F. Supp. 454, 479 (CIT 1987).

85. [1990] 2 R.C.S. 1324, 3 T.C.E. 5303.

Par contre, les négociateurs de l'ALENA ont dû surmonter de nombreux obstacles pour ce qui est de l'application de la législation nationale mexicaine. Le plus problématique de ceux-ci avait trait au fait que la *Loi du commerce extérieur du Mexique* autorisait la *Comisión de Aranceles y Controles al Comercio Exterior* (le «CACCE») à imposer le paiement de droits compensateurs provisoires à peine cinq jours après le dépôt d'une requête s'il existe une simple «présomption» d'infraction et de préjudice.⁸⁶ Ceci contraste avec la situation aux États-Unis, par exemple, où des droits provisoires ne peuvent être imposés avant que l'ITA et l'ITC n'aient tous deux statué sur la question.⁸⁷ Ces jugements-là ne seront rendus, quant à eux, que 160 jours après le dépôt d'une requête concernant un «dumping»⁸⁸ et 85 jours après le dépôt d'une requête concernant une subvention.⁸⁹ Cette différence peut avoir des effets néfastes pour les exportateurs de produits vers le Mexique. Tandis qu'aux États-Unis le délai entre la requête et la décision des agences nationales permet aux exportateurs d'autres pays de réviser leurs prix de vente avant que des droits ne leur soient imposés, ces derniers sont souvent imposés au Mexique sans même qu'ils ne soient informés du dépôt d'une requête. Dans son rapport de 1991, l'*Office of the United States Trade Representative* (le «Oustr») a noté ce problème :

*«Several U.S. textile companies have complained recently that Mexican dumping procedures are burdensome and allow inadequate time for responses. The United States has raised these concerns with Mexico and reiterated the expectation that Mexico comply fully with its GATT and Antidumping Code obligations and accord U.S. firms due process in its investigation.»*⁹⁰

Cette difficulté d'intégrer le droit mexicain au mécanisme du Chapitre 19 a été accentuée du fait que les décisions de la CACCE n'étaient sujettes à aucune révision par les tribunaux mexicains.

Le concept de «*due process*» du système juridique mexicain était donc très différent de celui que l'on retrouve au Canada et aux États-Unis, de sorte qu'un mécanisme de règlement des différends qui implique une simple révision

86. Article 11 de la *Loi du commerce extérieur du Mexique*.

87. Voir *Badger-Powhatan c. United States*, 9 Ct. Int'l Trade 213, 216 (1985), pourvoi rejeté, 808 F.2d 823 (Fed. Cir. 1986). Il faut noter que la procédure anti-subvention des États-Unis est divisée en deux volets. Au cours de l'ouverture de l'enquête, la partie plaignante doit, d'une part, apporter devant l'ITA preuve qu'il existe une subvention illicite du pays exportateur, et, d'autre part, elle doit établir devant l'ITC qu'elle a conséquemment subi un «préjudice important».

88. 19 U.S.C. §1673b(b)(1)(A).

89. 19 U.S.C. §1671b(b)(1).

90. Oustr, *1991 National Estimate Report on Foreign Trade Barriers*, (1991) 155 à la p. 158.

de l'application de la loi nationale de chaque Partie était inacceptable pour ces deux autres États sans modifications corrélatives aux lois nationales mexicaines. Cette position s'explique bien du fait que si les procédures administratives et les critères de contrôle judiciaire des trois pays ne s'apparentent pas les uns aux autres, une partie plaignante risque de ne pas bénéficier des normes habituelles de «*due process*» qu'elle appliquerait pourtant elle-même à la défenderesse.

L'ALENA corrige ce déséquilibre en stipulant une liste de vingt amendements que le Mexique devra introduire dans sa loi commerciale⁹¹ afin qu'elle s'aligne sur celle de ses partenaires. Selon les lignes directrices de l'Annexe 1904.15 de l'ALENA, le Mexique ne pourra plus imposer de droits provisoires sans qu'une décision préliminaire ne soit rendue. L'ALENA oblige aussi le législateur mexicain à inclure dans sa loi commerciale des calendriers spécifiques et adéquats quant aux procédures administratives, l'incorporation de la règle de *audi alteram partem* et l'accès opportun à tous les renseignements non confidentiels. De plus le CACCE devra dorénavant rendre un énoncé détaillé de ses motifs et du fondement juridique de ses ordonnances afin d'en permettre la révision éventuelle par un groupe binational.⁹²

Finalement, les dispositions législatives de mise en oeuvre de l'ALENA exigent des organismes d'enquête nationaux qu'ils donnent suite à la décision d'un groupe spécial. La force obligatoire des décisions du groupe spécial fait cependant toujours l'objet de sérieuses discussions. D'aucuns soutiennent que de telles décisions ne sauraient être réellement obligatoires, parce qu'elles ne sont pas directement exécutoires comme le serait, par exemple, un jugement rendu pas un tribunal national. Cette critique, mal fondée selon nous, provient d'un manque de compréhension de la dynamique entourant l'exécution des accords internationaux. Étant donné la nature souveraine des parties contractantes, il est clair que ces accords ne peuvent être exécutés de la même façon qu'un contrat entre parties privées. En revanche, cela ne signifie pas qu'un pays n'ait aucun devoir de conformité eu égard à ses devoirs internationaux validement contractés. En vertu des règles de droit international, un autre État peut en effet demander compensation ou suspendre l'application d'avantages équivalents en cas de contravention aux termes d'un accord par son partenaire.⁹³ Dans les relations inter-étatiques c'est souvent cette menace de rétorsion qui

91. Annexe 1904.15 de l'ALENA.

92. L'ALENA stipule à l'Annexe 1907 que la Partie importatrice devra publier un avis d'ouverture d'enquête précisant les dispositions législatives applicables, permettre aux parties intéressées de présenter des faits et des arguments, et expliquer la base de son calcul ou la méthodologie servant dans chaque cas à établir la marge de dumping ou le montant de la subvention.

93. Voir l'article 60 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, A/CONF.39/SR.8, 28 avril 1969, Int. Leg. Mat. 679.

encourage les pays à honorer leurs engagements internationaux et qui donne, en pratique, un caractère obligatoire aux engagements contractés.⁹⁴

(iii) Mécanisme d'appel exceptionnel

Même si les décisions du groupe spécial binational sont en principe finales et sans appel, l'ALENA, tout comme l'ALE, prévoit un mécanisme d'appel exceptionnel. En cas d'inconduite grave ou d'abus de pouvoir de la part d'un groupe spécial (si le groupe fait preuve de partialité ou de corruption), sa décision pourra être révisée à la demande d'une Partie par un Comité pour contestation extraordinaire.⁹⁵ Comme on le verra plus tard, l'accès à ce mécanisme d'appel a été interprété de façon restrictive; par exemple, dans les deux cas où on a tenté de l'appliquer sous l'ALE, le Comité ne s'est pas reconnu compétent. Lors des négociations de l'ALENA, les États-Unis ont tenté d'élargir le champ d'application de ce recours d'appel. Dans sa «Déclaration d'initiative administrative» rendue publique le 7 novembre 1993, l'administration Clinton maintenait que l'ALENA rendra plus facile le recours à cette procédure de contestation extraordinaire et affirmait que cet Accord élargit les critères nécessaires pour la déclencher. L'argument de l'administration américaine était basé sur le fait que sous l'ALE une révision n'était possible que (i) si un des membres du groupe s'était rendu coupable d'inconduite grave ou de conflit d'intérêt, (ii) si le groupe s'était considérablement écarté d'une règle fondamentale de procédure ou (iii) si le groupe avait manifestement outrepassé ses pouvoirs; sous l'ALENA, on spécifie dorénavant sous ce troisième volet qu'un groupe outrepassé manifestement ses pouvoirs «par exemple, en n'appliquant pas les critères d'examen appropriés.»⁹⁶ En se basant sur cet ajout, l'administration américaine semble déduire qu'un groupe qui n'applique pas correctement la législation nationale outrepassé ses pouvoirs - une exégèse qui affaiblirait de façon importante le pouvoir décisionnel des groupes spéciaux. L'interprétation américaine nous semble cependant mal fondée : ce n'est pas la méthode d'application des critères d'examen, mais plutôt le mauvais choix des critères applicables à une situation particulière qui peut donner lieu à l'appel d'une décision d'un groupe spécial. La procédure de contestation extraordinaire de l'ALENA nous semble donc en fait identique à celle de l'ALE.

(iv) Autres mécanismes de contrôle

Le Chapitre 19 de l'ALENA, tout comme son prédécesseur, établit de plus un mécanisme de contrôle des modifications apportées aux législations

94. Voir Dupuy, *supra*, note 22 au chapitre «Contrôle international» aux pp. 361-368.

95. Article 1904.13 de l'ALENA.

96. Article 1904(13)(a)(iii) de l'ALENA.

commerciales de chacun des trois États signataires pour en assurer la conformité avec les dispositions de l'ALENA, du Code antidumping et du Code relatif aux subventions et aux droits compensateurs ou tout accord qui pourra leur succéder.⁹⁷ Donc, tout amendement aux lois et règlements nationaux sur les questions de subventions et de dumping affectant les industries d'une autre Partie ne pourront s'appliquer qu'après consultations entre les trois Parties.

L'article 1903 prévoit enfin que chaque gouvernement pourra demander à un groupe spécial d'examiner les changements législatifs proposés par une Partie afin d'en déterminer la conformité. Comme sous l'ALE, si un groupe spécial recommande des modifications, des consultations auront lieu à cet égard et, à défaut d'une entente, la Partie affectée pourra adopter des mesures législatives équivalentes, instaurer des mesures compensatoires appropriées ou dénoncer l'Accord. Ce mécanisme est une amélioration par rapport au système pré-ALE qui n'exigeait aucune communication entre États avant l'adoption de nouvelles mesures législatives, et rendait donc possible l'adoption unilatérale de dispositions potentiellement protectionnistes.

Un dernier amendement important a été apporté à l'ALE par le biais de l'article 1905 de l'ALENA. Intitulé «Protection du régime d'examen par des groupes spéciaux», cet article prévoit des recours si une Partie ne se soumet pas à ses obligations en vertu des dispositions du Chapitre 19. Ceux-ci prennent la forme de consultations dans le cas où l'application de lois nationales semble avoir entravé le bon fonctionnement du processus d'examen par un groupe spécial. De plus, si la question en litige n'a pu être résolue par ce moyen, l'ALENA stipule qu'elle sera alors examinée par un Comité spécial composé de trois anciens juges choisis de la liste servant à constituer un Comité de contestation extraordinaire.⁹⁸ Si ce Comité spécial décide qu'une Partie a contrevenu aux dispositions du Chapitre 19, la Partie plaignante pourra suspendre l'application du principe de la substitution de l'examen judiciaire par celui de groupes spéciaux ou imposer des mesures compensatoires à l'égard de la Partie visée. Dès lors, l'examen du groupe spécial sera clos et la contestation de la décision de l'organisme d'enquête sera renvoyée au tribunal national compétent. Par contre, si la Partie visée par la plainte corrige son défaut, le Comité se réunira de nouveau pour réévaluer la situation et suspendre les mesures compensatoires s'il le juge à propos.

L'inclusion de tels mécanismes de contrôle a été rendue nécessaire pour assurer que le Mexique adopte les normes nationales nécessaires afin de pouvoir honorer ses obligations en vertu du Chapitre 19. Force est cependant d'admettre

97. Article 1903 de l'ALENA.

98. La procédure applicable est prévue à l'Annexe 1904.13.

que s'il devenait nécessaire de recourir à la susdite protection du régime de l'examen par les groupes spéciaux à l'endroit du Mexique, cela serait une indication inquiétante de l'inefficacité du mécanisme de règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs. Par contre, si les dispositions du Chapitre 19 sont respectées, elles devraient encourager le développement des régimes commerciaux nationaux pour les rendre à la fois plus transparents, plus objectifs, et plus prévisibles. On peut même constater qu'à cause de l'emphase qu'il met sur le «*due process*», le Chapitre 19 peut influencer sur l'évolution du droit administratif mexicain, le rapprochant idéalement de celui de ses partenaires plus développés.

(v) Évaluation du mécanisme du Chapitre 19

Le mécanisme instauré par le Chapitre 19 est probablement une déception pour ceux qui espéraient un régime plus conforme à un mécanisme de règlement des différends traditionnel, c'est-à-dire où les groupes spéciaux seraient carrément chargés de déterminer si la loi commerciale de chaque État est «juste», et non simplement d'évaluer si l'organisme d'enquête de la Partie importatrice a correctement appliqué ladite loi (juste ou pas!). Tant que les États signataires ne s'entendront pas sur une définition de la notion de «concurrence déloyale» ou de «pratique commerciale déloyale», il est cependant peu probable qu'un tel mécanisme, qui usurperait jusqu'à un certain point la fonction législative souveraine des États, soit institué. En revanche, il est plausible que si les Parties recourent souvent aux groupes spéciaux binationaux pour résoudre leurs différends sur les droits antidumping et compensateurs, et s'il y a une cohérence dans les décisions rendues sur les questions de fond, un consensus pourrait s'établir entre le Canada, les États-Unis et le Mexique sur les mesures d'harmonisation devant être appliquées à leurs législations et pratiques administratives respectives.

(B) *Expérience avec le Chapitre 19 de l'ALE*

Quarante-sept groupes spéciaux binationaux et deux Comités pour contestation extraordinaire ont été institués jusqu'à présent sous le Chapitre 19 de l'ALE.⁹⁹ Le premier à l'occasion de l'affaire des *Framboises rouges*¹⁰⁰ a été

99. Parmi ceux-ci, trente ont été menés à terme dont huit révisions de décisions d'organismes canadiens, vingt de celles d'organismes américains et deux Comités de contestation extraordinaire institués par les États-Unis (tous deux déclinant cependant compétence en ces affaires).

100. *Dans l'affaire des framboises rouges du Canada* (1990), 3 T.C.T. 8175 (Ch.19 Groupe spéc.), USA-89-1094-01 [ci-après *Framboises rouges* avec renvois aux USA-89-1904]. Pour un commentaire, voir T.M. Boddex et A.M. Rugman, «Red Raspberries: Effective Dispute Settlement in the Canada-United States Free Trade Agreement», (1991) 11 *Northwestern J. Int'l Bus.* 621.

formé à la demande du Canada afin de déterminer si le verdict de dumping rendu en 1984 par l'ITA du Département de commerce des États-Unis relativement à l'exportation de framboises rouges du Canada était bien fondé.

Dans sa décision unanime du 15 décembre 1989, le groupe spécial a conclu que la méthode employée par l'ITA pour déterminer s'il y avait dumping - c'est à dire si le prix de vente aux États-Unis des framboises canadiennes était inférieur à leur «valeur équitable» - était erronée. Le groupe spécial notait que conformément à la législation américaine, la détermination de l'existence d'un dumping exige la comparaison du prix à l'exportation aux États-Unis avec, en ordre de priorité, le prix sur le marché intérieur du pays exportateur, le prix du produit lorsque celui-ci est exporté à destination d'un pays tiers ainsi que la méthode de la valeur reconstituée.¹⁰¹ Néanmoins, en argumentant que les ventes sur le marché canadien étaient «négligeables», l'ITA n'avait pas tenu compte du prix sur le marché intérieur du Canada, lui préférant une mesure de la «valeur reconstituée» des framboises canadiennes. Par conséquent, le groupe spécial renvoya le cas à l'ITA afin qu'il justifie son calcul de marge de dumping.¹⁰²

Le 26 janvier 1990, l'ITA rétorquait au groupe spécial que sa technique pour calculer la marge de dumping était acceptable, sans cependant expliquer pourquoi le prix sur le marché canadien n'était pas un critère retenu lors de la comparaison avec le prix à l'exportation. Le Canada demanda de nouveau au groupe spécial de réviser la décision américaine.

Lors de sa deuxième analyse du cas le 2 avril 1990, le groupe spécial a démontré qu'il n'hésiterait pas à employer son pouvoir de révision : il a rejeté la méthodologie employée par l'ITA en déterminant que l'ITA avait mal appliqué sa propre méthode d'examen :

«In conclusion, the choice of market to be used for dumping comparisons is among the most crucial determination that must be made in the administration of the U.S. antidumping law. The Department has an obligation to make a reasoned determination in choosing among home market sales, third country sales, and constructed value when making comparisons with U.S. prices. The Department has failed to fulfil its obligation upon remand in this case.»¹⁰³

Par conséquent, le groupe spécial ordonna de nouveau à l'ITA de modifier ses résultats dans un délai de trente jours en employant une méthode

101. *Framboises rouges, ibid.*, à la p. 2.

102. *Ibid.*, aux pp. 25-26.

103. *Ibid.*, aux pp. 1 et 3.

équitable de calcul de la marge de dumping pour déterminer si le Canada se livrait véritablement à une telle pratique.¹⁰⁴ L'ITA s'est finalement soumise aux directives du groupe spécial et la marge de dumping a été annulée.

Ce cas démontre l'efficacité des groupes spéciaux binationaux. Ceux-ci n'hésitent pas à intervenir pour renvoyer aux autorités nationales les décisions indues de dumping, avec des instructions explicites. En outre, le groupe spécial a clairement stipulé en l'espèce qu'il serait prêt, en cas de besoin, à mener des révisions supplétives afin d'assurer l'acquiescement à ses directives.

Par contre, cette efficacité des décisions d'un groupe spécial a été ébranlée à l'occasion de l'affaire *Viande de porc du Canada*, dans le cadre de laquelle les États-Unis prétendaient que le porc importé du Canada bénéficiait de subventions gouvernementales.¹⁰⁵ Cette affaire s'est avérée à la fois longue et complexe; comme le constate Andreas Lowenfeld, «*the issues were complicated, even for experts; the texts were lengthy; the proceedings were confusing; and the mix of economics, politics and the law are difficult to sort out.*»¹⁰⁶

Le cas a débuté en 1985 lorsque l'ITA détermina que les gouvernements canadiens (tant fédéral que ceux des Provinces) subventionnaient l'élevage porcin et ordonna de ce fait des mesures de compensation.¹⁰⁷ Dans ce cas la majorité des compensations visait l'importation de porc «traité», tandis que c'était l'élevage de pourceaux vivants qui était subventionné au Canada. En appel, la *Court of International Trade* des États-Unis (la «CIT») renversa la décision de l'ITA, prétextant que celle-ci avait omis d'appliquer la disposition de «*upstream subsidy*»¹⁰⁸ prévue à l'article 771A du *Tariff Act of 1930*, et que, par ailleurs, il n'y avait pas de preuve de «préjudice important» causé au marché américain. À la suite de cette décision, le *National Pork Producers Council* des États-Unis (le «NPPC») a fait pression sur le Congrès pour qu'il amende la loi à cet égard. Celui-ci a succombé et a modifié les critères de l'examen de «*upstream subsidy*» de l'article 771B de l'*Omnibus Trade Act* afin d'en faciliter

104. *Ibid.*, à la p. 4.

105. Pour une description détaillée du déroulement de cette affaire, consultez l'article de A.F. Lowenfeld, «*The Free Trade Agreement Meets its First Challenge: Dispute Settlement and the Pork Case*», (1992) 37 R.D. McGill 597.

106. *Ibid.*, à la p. 599.

107. *Porcs vivants et porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, (1985) 50 Fed. Reg. 25097 (ITC).

108. «*Upstream subsidies*» décrit la situation où l'exportateur d'un produit traité ou manufacturé ne reçoit pas de subvention directe mais bénéficie de mesures de soutien à un stade préliminaire de production, soutien non accordé à son compétiteur.

la preuve.¹⁰⁹ Il s'agit là d'un autre exemple de politisation des mécanismes nationaux de réglementation des échanges.

En 1989, le NPPC a de nouveau déposé une demande de compensation pour le préjudice causé à l'industrie du porc américaine par les importations prétendument subventionnées de porc canadien. En appliquant les critères du nouvel article 771B, l'ITA a jugé que les programmes gouvernementaux canadiens étaient bel et bien des mesures de soutien interdites. Même si la grande partie de ces programmes aidait les éleveurs de porc, la subvention était considérée comme applicable aux producteurs de viande et autres dérivés de porc car, suivant les nouveaux critères de l'article 771B, «*the demand for hogs was substantially dependent on the demand for pork and that the processing of hogs to fresh, chilled or frozen pork added only limited value to the product.*»¹¹⁰ Par surcroît, le ITC des États-Unis a déterminé qu'il y avait «*a reasonable indication*» que les mesures canadiennes portaient préjudice, ou pouvaient potentiellement porter préjudice à l'industrie américaine. Donc, même si le lien de causalité entre les subventions canadiennes et le préjudice causé aux producteurs de viande de porc américains n'avait pas été prouvé, un droit compensatoire fut imposé sur les importations de porc en provenance du Canada.

Les décisions finales des deux départements américains, l'ITA et l'ITC, furent contestées par le gouvernement canadien devant deux groupes spéciaux binationaux.¹¹¹ Le groupe spécial chargé d'étudier la question de l'existence d'une subvention accepta la conclusion de l'ITA, à savoir qu'il y avait un rapport substantiel entre la demande de porcs vivants (dont l'élevage faisait l'objet de subventions directes) et celle des produits du porc, auxquels la transformation ajoutait seulement une valeur minime. La déclaration du Sénateur américain Max Baucus était acceptée : «*Pork is just a very mature hog!*»¹¹² Par contre, le groupe spécial a modifié la valeur de la compensation octroyée par l'ITA. En constatant que l'ITA n'avait pas tenu compte de l'existence de sous-produits d'un porc vivant autre que la viande de porc, il conclut en effet :

«*[I]t is unreasonable and not in accordance with law for Commerce [ITA] to allocate the entire subsidy conferred on hogs to pork*

109. U.S.C. §1677-2, dans la section 1313(a), Pub. L. 100-418, eff. 23 août 1988.

110. Dept. Commerce, *Initiation of Countervailing Duty Investigation; Fresh, Chilled and Frozen Pork from Canada*, 54 Fed. Reg. 5537 (1989). Le 24 juillet 1989, l'ITA a établie la valeur de ce soutien gouvernemental à \$.08/kg.

111. *Dans l'affaire du porc frais, frigorifié et congelé du Canada*(1990), 3 T.C.T. 8308 (Ch. 19 Groupe spéc.), 55 Fed. Reg. 41369 (1990) [ci-après *Viande de porc du Canada* avec renvois aux I.T.C.].

112. 133 Cong. Rec. S8787 (daily ed. 26 juillet 1987).

*products when other commercial products resulting from hogs are
also benefiting from the subsidy.»¹¹³*

Le groupe spécial a donc renvoyé le cas à l'ITA pour réévaluation de la part de la subvention applicable au porc. Le 7 décembre 1990 l'ITA a réduit le montant de la compensation applicable de \$0.08/kg à \$0.036/kg.¹¹⁴

Par ailleurs, un deuxième groupe spécial¹¹⁵ fut constitué pour réviser la décision de l'ITC à l'effet que les subventions canadiennes causaient un préjudice important ou une menace de préjudice au marché américain. Le groupe spécial constata tout d'abord l'absence de préjudice réel et insista de plus sur le fait que pour conclure à une menace, il fallait démontrer plus qu'une simple possibilité de préjudice.¹¹⁶ Par conséquent, en concluant qu'il n'existait aucune preuve de préjudice matériel au marché américain, le groupe spécial rejeta le verdict de l'ITC et le renvoya pour révision.¹¹⁷

Le 23 octobre 1990, à l'intérieur du délai de soixante jours accordé par le groupe spécial, l'ITC rendit sa décision sur le renvoi.¹¹⁸ Tout en modifiant les bases du raisonnement soutenant ses conclusions précédentes, elle réaffirma l'existence d'une menace de préjudice. Par conséquent, le Canada reconvoqua le groupe spécial qui avait rendu la première décision pour réviser celle du 23 octobre. Selon l'article 1904.8 de l'ALE, ce même groupe spécial se devait de rendre une «décision finale» dans les quatre-vingt-dix jours suivant la décision de l'ITC, ce qui a été fait le 23 janvier 1991.¹¹⁹ En se basant sur la législation et la jurisprudence américaines, le groupe spécial refusa à nouveau de donner son aval au raisonnement de l'ITC et lui renvoya la question pour révision.

Cette fois, l'ITC suivit finalement les instructions du groupe spécial, déterminant unanimement que les subventions canadiennes ne présentaient ni préjudice important ni menace de préjudice au marché du porc américain.¹²⁰

113. *Viande de porc du Canada*, *supra*, note 111 à la p. 8323.

114. *Department of Commerce Remand Determination: Final Countervailing Duty Determination on Fresh, Chilled and Frozen Pork*, (7 décembre 1989), U.S.A.-89-06.

115. *Memorandum Opinion and Remand Order*, (24 août 1990), U.S.A.-89-11, *sub nom. Porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, (1990), 3 T.C.T. 8276 (Ch. 19 Groupe spéc.), 3 T.T.R. 281 [ci-après *Viande de porc du Canada (préjudice)* avec renvois aux T.C.T.].

116. *Ibid.*, à la p. 8279.

117. *Ibid.*, à la p. 8283.

118. *Fresh, Chilled, or Frozen Pork from Canada, Views on Remand*, Inv. No. 701-TA-298, USITC Pub. No. 2230 (Octobre 1990).

119. *Memorandum Opinion and Order Regarding ITC's Determination on Remand*, (22 janvier 1991), U.S.A.-89-1904-11, *sub nom. Porc frais, frigorifié et congelé du Canada*, (1991), 4 T.C.T. 7014 (Ch. 19 Groupe spécial).

120. *Fresh, Chilled, or Frozen Pork from Canada, Second Remand Determination*, (12 février 1991).

Toutefois, malgré leur soumission aux règles du jeu, les membres de l'ITC n'ont pas hésité à vivement critiquer le raisonnement du groupe spécial dans son interprétation de la législation américaine.¹²¹ Cette critique n'était cependant partagée que par deux des six commissaires de l'ITC - le président lui-même étant en désaccord avec cette dernière et les trois autres commissaires étant absents. Si tous les membres de l'ITC avaient ainsi affirmé que la méthode de révision par des groupes spéciaux binationaux était injuste, la portée du Chapitre 19 aurait pu être sérieusement remise en question; heureusement tel ne fut pas le cas.

L'affaire de *Viande de porc du Canada* n'était pas par contre terminée pour autant. L'ordonnance finale du groupe spécial a suscité de vives réactions aux États-Unis. Le NPPC a immédiatement rédigé une lettre à l'*Office of the United States Trade Representative* (le «USTR») dénonçant la décision et la méthodologie du groupe binational :

«[TRADUCTION] Les résultats obtenus en ayant recours à la procédure de règlement des différends nous obligent malheureusement à mettre en doute le caractère juste, opportun et efficace du groupe spécial. Le rôle de la procédure de règlement des différends dans la zone nord-atlantique de libre-échange sera certainement crucial. Cette procédure doit donc être soumise à un examen minutieux afin de remédier aux injustices qui sont inhérentes au règlement des différends aux termes de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis.»¹²²

Indéniablement, de telles affirmations trouvent une grande part de leur justification dans un accès de sentiments protectionnistes. Néanmoins, succombant aux pressions politiques du NPPC et des membres du Congrès américain, *the United States Trade Representative*, Carla Hills, et le Président américain George Bush ont alors pris la décision malheureuse d'instituer un Comité pour contestation extraordinaire.¹²³ Il est important de rappeler que

121. Les deux commissaires qui étaient obligés à réviser leur décisions deux fois pour être en conformité avec les ordonnances du groupe spécial, étaient clairement contrariés: *Notwithstanding this determination, this Second Panel Decision violates fundamental principles of the United States-Canada Free Trade Agreement (FTA) and contains egregious errors under U.S. law. [...] At the minimum, however, we find many aspects of the Panel decision to lack «intrinsic persuasiveness» and, thus, we will not change our practice or procedure to conform with those aspects of the Panel opinion discussed below.*

122. Cité dans L. Holland, «Le règlement des différends aux termes de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis», 65 à la p. 69 dans *Neuvième colloque de droit commercial international*, Ministère de la Justice Canada, Ottawa, 17 octobre 1991.

123. Tout en déclarant que la deuxième décision du groupe spécial «undermines the integrity of the binational review process with Canada,» le NPPC et le Congrès ont exercé de fortes pressions pour l'institution du Comité pour contestation extraordinaire. Voir : Lowenfeld, *supra*, note 105 à la p. 619.

selon l'article 1904.13 de l'ALE, les motifs donnant ouverture à la révision d'une décision d'un groupe spécial sont stricts : la partie plaignante doit établir que le groupe spécial a commis une grave entorse à une règle de procédure fondamentale ou a manifestement outrepassé ses pouvoirs ou sa compétence, et que cela a considérablement influencé sa décision, ce qui menacerait l'intégrité de la procédure d'examen par le groupe spécial binational. Il est clair que dans l'affaire de *Viande de porc du Canada*, le prétexte d'institution du Comité pour contestation extraordinaire était purement politique et non conforme à ceux prévus par l'ALE. Par conséquent, il y avait grand danger que le Comité fasse fi de son mandat et agisse comme un tribunal d'appel, contrevenant ainsi au processus de règlement des différends du Chapitre 19.

Suite à la demande des États-Unis du 29 mars 1991, on institua donc pour la première fois un Comité pour contestation extraordinaire composé de trois juges à la retraite (deux canadiens et un américain, ce dernier étant le président). Heureusement, ce Comité s'en est tenu à une interprétation restrictive de son mandat : dans son opinion, rendue le 14 juin 1991, il a clairement stipulé que «*it is not the function of a committee to conduct a traditional appellate review regarding the merits of a panel decision.*»¹²⁴ Le Comité a conclu que les critères de l'article 1904.13 de l'ALE étaient très précis et n'avaient pas été satisfaits en l'espèce. Ainsi, la décision du groupe spécial fut intégralement maintenue, concluant l'affaire de *Viande de porc du Canada*.

Par contre, la question de la nature licite des subventions gouvernementales canadiennes affectant le porc et les produits qui en découlent était loin d'être réglée. Comme on l'a déjà mentionné, le paragraphe 2 de l'article 1904 prévoit que la tâche d'un groupe spécial binational doit se limiter à assurer que les décisions des organismes d'enquête soient rendues dans le respect des normes nationales applicables. Aussi, les décisions d'un groupe spécial binational et d'un Comité de contestation extraordinaire doivent se limiter aux questions particulières qui leurs sont soumises. Ainsi, la question posée et la portée du mandat qui en résulte s'avère en pratique aussi importante que la solution recherchée; à cet égard, les imperfections du mécanisme du Chapitre 19 peuvent mener à la manipulation des lacunes des lois commerciales pour masquer ou justifier des barrières protectionnistes aux échanges.

De plus, l'absence du principe de *stare decisis* qui permettrait une certaine cohérence judiciaire, peut mener à une répétition, d'une année à l'autre, des questions posées aux groupes spéciaux. Par exemple, dans l'affaire de *Viande de porc du Canada*, deux des programmes gouvernementaux contestés

124. Dans l'affaire du porc frais, frigorifié et congelé du Canada, (1991), 4 T.C.T. 7037 (Comité con. extr.).

étaient le *National Tripartite Stabilization Scheme for Hogs* (le «Tripartite») et le *Quebec Farm Income Stabilization Insurance Program* (le «FISI»).¹²⁵ Même si'il fut clairement déterminé dans le cadre de cette affaire que ces deux programmes ne constituaient pas des subventions déloyales, l'ITA a postérieurement décidé d'imposer à nouveau des procédures de défense commerciales à l'encontre de ceux-ci. Par conséquent, un nouveau groupe spécial binational fut convoqué par le gouvernement canadien le 8 juillet 1991 (seulement trois semaines après la décision du Comité extraordinaire dans l'affaire *Viande de porc du Canada*) pour réviser cette deuxième imposition de droits compensatoires.

Dans l'affaire *Porcs vivants du Canada*,¹²⁶ le groupe spécial a stipulé qu'il n'était pas lié par la décision de l'affaire de *Viande de porc du Canada* pour considérer la nature licite ou non des subventions canadiennes vu que les questions posées dans les deux cas n'étaient pas exactement identiques (même si elles étaient très proches les unes des autres!).¹²⁷ Deux motifs principaux sont souvent avancés pour justifier cette prise de position. Premièrement, le groupe spécial était obligé d'appliquer la loi américaine comme le ferait la Cour d'appel fédérale américaine dans sa révision des décisions de l'ITA et de l'ITC, ce qui implique l'application de la doctrine du «*collateral estoppel*» qui prévoit qu'un précédent n'est créé que si les faits sont rigoureusement les mêmes.¹²⁸ Par surcroît, l'utilisation de précédents est rendue difficile par une particularité juridique américaine car

«[...] Congress has made specific provision for periodic administrative reviews... Since the agencies involved perform the function of expert finders of fact concerning different programs, different time frames, economic statistics and other factors in countervailing duty and dumping investigations as well as similar functions during periodic reviews, principles of issue preclusion should be carefully applied.»¹²⁹

125. Le premier est un programme de stabilisation du revenu agricole financé par le gouvernement canadien, les gouvernements provinciaux et les cultivateurs, et le deuxième est un programme provincial visant la production agricole dans la province de Québec. Les deux programmes sont décrits en détail dans *Live Swine from Canada; Preliminary Results of Countervailing Duty Administrative Review*, 56 Fed. Reg. 5676 aux pp. 5678 et 5680 (12 février 1991).

126. *Porcs vivants du Canada*, (19 mai 1992), USA-91-1904-03 (Ch. 19 Groupe spéc.) [ci-après *Porcs vivants du Canada*].

127. *Ibid.*, à la p. 42.

128. La doctrine américaine de «*collateral estoppel*» prévoit que «*issues which are actually and necessarily determined by a court of competent jurisdiction are conclusive in a subsequent suit involving the parties to the prior litigation.*» (*Mother's Restaurant Inc. c. Mama's Pizza Inc.*, 723 F.2d 1566, 1569 (Fed. Cir. 1983)).

129. *PPG Industries, supra*, note 80 à la p. 199.

Le second motif provient du fait que le groupe spécial ne fait que vérifier l'application raisonnable par les organismes d'enquête de leurs propres règles sans autrement énoncer de principes juridiques d'application ou d'interprétation sur le fond des différends.

Il est par contre important de noter que c'est en décidant de s'inspirer de ce qu'il appela les «*intrinsically persuasive aspects of the Pork rulings*»¹³⁰ que le groupe spécial, dans l'affaire *Porcs vivants du Canada*, a conclu que l'ITA ne devait pas inclure les avantages octroyés aux agriculteurs canadiens par le Tripartite et le FISF dans son calcul de droits compensateurs; il a donc donné raison au Canada. Cette décision fut soumise à un Comité de contestation extraordinaire à la demande des États-Unis qui, comme le premier, décida le 8 avril 1993 de ne pas renverser la décision du groupe spécial.¹³¹ On voit donc que les précédents ont malgré tout une influence pratique certaine, même s'ils ne sont pas obligatoires.

Un des problèmes les plus importants créés par cette absence de «*stare decisis*» est que des examens successifs des mêmes programmes de subventions par différents groupes spéciaux peuvent mener à des décisions contradictoires. Ce danger s'est récemment concrétisé lorsqu'un troisième groupe spécial fut convoqué le 11 octobre 1991 (trois mois après l'institution du deuxième groupe spécial sur cette question) pour décider, encore une fois, de la nature licite d'une décision de l'ITA d'imposer des droits compensatoires à l'encontre des programmes canadiens, y compris les programmes Tripartite et FISF déjà mentionnés. Dans sa décision du 16 juillet 1993,¹³² le groupe spécial confirma à nouveau que les décisions préalables sur les mêmes points n'ont pas force obligatoire :

*«Accordingly, the decisions in Pork, Swine IV, and ECC II do not in any way bind this Panel or otherwise create any legal effect in respect of the particular matters that we are called upon to decide in this proceeding.»*¹³³

Le groupe spécial s'empessa par contre d'ajouter :

130. *Porcs vivants du Canada*, *supra*, note 126 à la p. 44.

131. *Porcs vivants du Canada*, (8 avril 1993), ECC-93-1904-01 (Comité con. extr.). Le Comité a expressément stipulé qu'il «*need not and will not reach a decision on the merits of the conclusion of the panel's decision*», (à la p. 13).

132. *Porcs vivants du Canada*, (16 juillet 1993), USA-91-1904-04 (Chapitre 19, Groupe spéc.).

133. *Ibid.*, à la p. 7.

«They do, nevertheless, provide this Panel with interpretations of the relevant provisions of the FTA and the U.S. implementing legislation which underlie our jurisdiction and authority.»¹³⁴

Pour ce qui est du programme FISL, ce nouveau groupe spécial, en adoptant le raisonnement des groupes spéciaux qui avaient étudié la question auparavant, a renvoyé l'affaire à l'ITA. En dépit de l'effet persuasif des décisions préalables, ce groupe spécial a confirmé la décision de l'ITA en ce qui a trait au plan Tripartite. Malgré l'absence du caractère obligatoire des précédents, le groupe spécial s'est néanmoins senti obligé en l'espèce de justifier sa conclusion différente de celles des deux groupes spéciaux précédents sur ce qui semble être la même question, en stipulant de façon détaillée en quoi les faits pertinents différaient dans les trois instances.¹³⁵ Il a conclu que le programme Tripartite constituait une pratique déloyale au sens du droit américain et donc que les exportateurs canadiens pouvaient être assujettis à des droits compensateurs.

L'expérience sous l'ALE avait donc déjà révélé les limites du mécanisme de règlement des différends en matière de subventions et de dumping qui résultaient surtout du refus par les groupes spéciaux de se sentir liés par les conclusions de groupes spéciaux antérieurs.

III. ÉVALUATION DES MÉCANISMES

Avec l'entrée en vigueur de l'ALENA, l'Amérique du Nord devient la zone de libre échange la plus importante au monde. Dans un contexte de mondialisation des échanges internationaux, il est de plus en plus important d'assurer une saine concurrence entre les principaux blocs commerciaux et, partant, à l'intérieur même des zones. On constate que, malgré une tendance constante vers la libéralisation du commerce, il subsiste un certain protectionnisme larvé. Le besoin de mettre en place des mécanismes efficaces de règlement des différends n'en est que plus impérieux.

Il faut toutefois tenir compte d'un certain nombre d'obstacles à l'implantation de ces mécanismes. Ils sont de deux ordres. D'abord, le contexte de droit international implique que le principe de souveraineté des États demeure fondamental et conditionne toute nouvelle règle de droit commercial

134. *Ibid.*

135. Quelques unes des différences soulignées étaient les suivantes: *For example, in Swine IV, Commerce found that only 52 percent of all Tripartite payments went to hog producers during the period of the review and that hog producers had received only 51 percent of benefits to date. In contrast, in this proceeding those percentages are 81 and 72 percent, respectively. Commerce, therefore, found that hog producers were the dominant users of Tripartite and this Panel has affirmed this finding. There was no such finding made in Swine IV. Ibid., à la p. 20.*

international. En second lieu, on doit convenir que le domaine que ces mécanismes visent à encadrer est très complexe. En effet, on s'aperçoit que les règles juridiques de droit interne se font de plus en plus techniques et sophistiquées, surtout en matière de dumping et de subventions.

Ainsi, pour garantir une sécurité économique optimale et pour faire en sorte que l'issue des échanges soit prévisible dans les faits, il importe que les mécanismes de règlement des différends soient à la fois efficaces, souples et rapides. Ils doivent également être d'une impartialité au-dessus de tout soupçon afin d'en assurer la crédibilité. C'est dans ce contexte général que l'ALENA a été négocié et c'est à la lumière de celui-ci que le résultat doit être évalué.

Comme on l'a vu, les négociateurs de l'ALENA n'ont pas manqué l'occasion d'apporter des modifications importantes à l'ancien Chapitre 18 de l'ALE, devenu le Chapitre 20 de l'ALENA, qui traite du mécanisme général de règlement des différends. On n'a qu'à penser, à titre d'exemple, à l'introduction de la méthode de sélection inverse des membres des groupes spéciaux qui traduit une volonté de rendre les délibérations de ces groupes plus neutres et moins susceptibles de subir les pressions politiques des Parties en litige; c'était d'ailleurs là, on l'aura constaté, une des principales faiblesses de la méthode de sélection qui existait sous le Chapitre 18 de l'ALE.

A la lumière de cette manifestation de la volonté des Parties de dépolitiser les mécanismes généraux de règlement des différends sous l'ALENA, on ne peut qu'être déçu du fait qu'aucune modification en ce sens n'a été apportée aux dispositions du Chapitre 19 de l'ALE en matière de dumping et de subventions. Ceci est d'autant plus étonnant que les litiges qui ont été soumis à la procédure du Chapitre 19 de l'ALE depuis 1988 ont donné lieu à encore bien plus de pressions politiques ouvertes que sous le Chapitre 18.

On se souviendra que tant le Canada en 1986 que le Mexique en 1990 se sont butés à un refus catégorique de la part des États-Unis de permettre la création d'une réglementation unique et d'un organisme supra-national de règlement des différends en matière de dumping et de subventions. Il s'agit pourtant là de la seule véritable façon d'harmoniser le droit national des États signataires et d'assurer à tous un droit d'accès égal au marché des autres; c'est fort probablement cette réalité qui explique d'ailleurs la forte opposition américaine à l'instauration d'un tel système. Une autre solution pour assurer une plus grande cohésion aurait également été la mise en place d'un corps administratif plus permanent que les groupes spéciaux tel, par exemple, le groupe d'appel instauré récemment sous le GATT par l'Accord de l'*Uruguay Round* dont les membres sont dorénavant nommés pour des termes fixes de quatre ans; cette alternative n'a pas non plus été retenue.

Le défaut par les Parties à l'Accord d'avoir pu s'entendre sur cette questions laisse planer un doute sérieux quant à la neutralité du mécanisme retenu. On doit en effet déplorer qu'on n'a pas cru bon réviser à tout le moins le mode de sélection des membres des groupes spéciaux, qui semble pourtant un élément clef afin d'assurer leur neutralité. Les Parties à l'Accord auraient en effet pu, ici aussi, avoir recours à la méthode de sélection inverse qui a été introduite par l'ALENA sous le Chapitre 20. En plus d'assurer une plus grande neutralité réelle, une telle méthode de sélection inverse donnerait aussi une plus grande apparence d'impartialité aux groupes spéciaux et, partant, une plus grande crédibilité.

Le maintien du mécanisme du Chapitre 18 de l'ALE laisse également planer un doute sur l'efficacité et la crédibilité de ce dernier vu que l'ALENA n'adresse aucunement les problèmes des recours répétitifs et des décisions contradictoires déjà rencontrés sous l'ALE. Comme on l'a vu, l'absence de règle de *stare decisis* fut maintes fois affirmée par les groupes spéciaux et il en est résulté une succession de recours répétitifs qui soulevaient essentiellement les mêmes questions mais qui résultaient néanmoins en des conclusions parfois contradictoires. On a pu cependant constater que les groupes spéciaux se sentent de plus en plus obligés de référer aux précédents traitant de l'application d'une même législation nationale et d'expliquer, s'il y a lieu, pourquoi leur décision diffère de ces derniers. La force persuasive, quoique non obligatoire, de tels précédents semble donc acquise et il est possible d'espérer qu'une certaine cohésion saura s'installer, comme cela se fait d'ailleurs très aisément dans les systèmes juridiques de droit civil qui ne reconnaissent pas, eux non plus, la règle de *stare decisis*. Enfin, le fait que les Parties ont convenu de nommer dorénavant principalement des juges pour siéger sur les groupes spéciaux et que des groupes de travail portant sur la définition des subventions et du dumping ont finalement été mis sur pied, devraient également contribuer à assurer cette cohésion.

Au contexte général de la mondialisation des marchés énoncé plus haut, il faut ajouter le contexte très particulier qui a entouré la négociation de l'ALENA qui résulte de l'ajout du Mexique à la dyade nord-américaine et qui force à accomplir un nouvel équilibre économique et commercial entre trois partenaires oeuvrant dans des conjonctures internes fort différentes les unes des autres. De nouveaux problèmes spécifiques sont apparus et de nouvelles craintes ont été exprimées par chacune des parties à l'ALENA.

Ainsi, on l'aura vu, le Canada et les États-Unis ressentaient des politiques mexicaines, plus adaptées à une économie en développement qu'à celle d'un pays fortement industrialisé. À l'inverse, le Mexique a formulé à son tour un certain nombre de craintes pouvant essentiellement se résumer en une volonté de ne pas être écrasé par des voisins aux assises plus solides.

A la lecture de l'ALENA, on s'aperçoit que ces craintes ont été traitées pour l'essentiel : les parties ont codifié, dans les mécanismes de règlement des différends, les mêmes principes de justice fondamentale - ou de «*due process*» - que l'on retrouve dans plusieurs systèmes de droit interne. On pense en particulier au respect de la règle de droit, à l'indépendance et à la transparence du système d'adjudication aussi qu'à la règle *audi alteram partem*. Il faut souligner à cet égard que l'expérience vécue par les parties à l'ALE a sans aucun doute été fort profitable, attendu qu'il existait, là aussi, un rapport de force qui se traduisait par une inégalité génératrice d'inquiétudes de part et d'autre.

Ce désir de rétablir l'équilibre ne traduirait-il pas au fond une prise de conscience générale par tous les acteurs économiques mondiaux de la nécessité d'assainir un climat de concurrence sauvage dans lequel certains ont pu retirer des bénéfices énormes pendant un certain temps, mais qui encourage fatalement les tendances protectionnistes des pays vulnérables? Il semble en effet clair que les puissances économiques ne peuvent plus compter exclusivement sur leur marché interne s'ils veulent continuer de croître et de progresser. L'ouverture de nouveaux marchés constitue une porte de sortie pour les dirigeants de pays dont les citoyens ont été habitués à une certaine prospérité. Il n'est plus possible, dans le contexte actuel, de répondre à un protectionnisme par un autre protectionnisme.

L'équité de traitement et l'ouverture de leurs marchés internes aux exportateurs étrangers sont peut-être le prix que les grandes puissances économiques ont à payer pour conserver une vitalité autrement inaccessible. Si d'aucuns considèrent cela comme une abdication de souveraineté, soit. Mais il est temps que ces critiques prennent conscience d'une réalité incontournable, à savoir que l'interdépendance implique nécessairement une certaine dépendance.

Malgré ses lacunes, l'ALENA marque en fait l'engagement irréversible du continent nord-américain dans la course vers ce nouvel ordre international dominé par l'économie globale.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : FREE MOVEMENT OF GOODS IN THE EUROPEAN COMMUNITY : A
CRITIQUE OF THE JURISPRUDENCE ON ARTICLE 30 OF THE TREATY
OF ROME

Auteur(s) : Ian B. LEE

Revue : RDUS, 1993-1994, volume 24, numéro 1

Pages : 121-153

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13364>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13364>

Page vide laissée intentionnellement.

**FREE MOVEMENT OF GOODS IN THE EUROPEAN
COMMUNITY : A CRITIQUE OF THE JURISPRUDENCE
ON ARTICLE 30 OF THE TREATY OF ROME**

par Ian B. LEE*

L'article 30 du Traité de Rome interdit «les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent», parmi les États membres de la Communauté européenne. Selon l'auteur, l'interprétation excessivement englobante que la Cour de justice des communautés européennes a donnée à la notion de «mesures d'effet équivalent» entraîne la conclusion que toute législation nationale est susceptible d'entraver le commerce intracommunautaire. L'auteur analyse les fondements théoriques de l'approche véhiculée par la Cour, et affirme que cette approche s'est montrée déficiente dans une quadrilogie d'arrêts dans lesquels on prétendait que des lois relatives à l'observance du dimanche contrevenaient à l'article 30. La Cour a tenté de diminuer la portée de l'article 30 en assouplissant les critères de la dérogation au principe de la libre circulation des marchandises. Toutefois, l'auteur soutient que la Cour ne peut éviter de réviser ses arrêts antérieurs sur l'article 30 et que, dans l'intérêt de la certitude et de la stabilité, la Cour devrait le faire explicitement.

Article 30 of the Treaty of Rome prohibits «quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect», among the Member States of the European Community. The author suggests that the excessively broad interpretation given by the European Court of Justice to the phrase «measures having equivalent effect» implies that virtually all national legislation is capable of hindering intra-Community trade. Following a discussion of the theoretical basis for the Court's reasoning, the author maintains that the inadequacy of the Court's approach became evident in a series of recent cases in which Sunday observance legislation was alleged to violate Article 30. The Court has tried to reduce the scope of Article 30 by relaxing the criteria necessary to justify a derogation from the principle of the free movement of goods. However, the author argues that the Court cannot avoid reconsidering its earlier rulings on Article 30, and that, in the interests of certainty and stability, it should do so expressly.

*. LL.B., Université de Toronto.

TABLE OF CONTENTS

Introduction	123
I. Context	124
A. <i>The Community Legal System</i>	125
B. <i>Structure of the Prohibition against Import Barriers</i>	127
II. Interpretation of Article 30	130
A. <i>Indistinctly Applicable Measures and the Court of Justice : From Dassonville to Cinéthèque</i>	130
B. <i>Indistinctly Applicable Measures and the Canadian Common Market</i>	138
C. <i>Article 30 and Harmonization</i>	141
D. <i>The Requirement of Disadvantage</i>	145
III. Sunday Trading	151
A. <i>The Sunday Trading Cases as a Development of the Cinéthèque Line</i>	151
B. <i>Revival of the Theory of Disadvantage?</i>	157
Conclusion	160

Introduction

Consider the following scenario. Having seen Edwards Books and Art Ltd. lose its appeal in the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, another Ontario bookseller decides to challenge the provincial Retail Business Holidays Act under the Constitution Act, 1867. The bookseller's lawyers argue that the obligation to close on Sundays and other public holidays reduces the quantity of books sold from outside the province, and therefore constitutes an unconstitutional infringement on interprovincial trade.

Does this argument seem farfetched? After more than a century of litigation on the division of powers, it is difficult to imagine such an argument being taken seriously today in Canada. There is little doubt that provincial regulation of local businesses is *intra vires*, regardless of its incidental effects on the pattern of interprovincial trade.¹

For this reason, Canadians may be surprised to learn that according to the Court of Justice of the European Communities (hereinafter ECJ or Court of Justice), national Sunday closing legislation is an obstacle to the free movement of goods among the Member States of the European Community, and violates the Treaty of Rome unless it can be demonstrated to be a justifiable derogation from the principle.

It will be argued that if the Court of Justice means what it says in the «Sunday Trading cases»,² its approach to the free movement of goods is not justified. The fact that the ECJ's analysis in these judgments appears to be based on a credible interpretation of its own jurisprudence serves only to demonstrate that the approach taken to the free movement of goods was defective from the beginning. Indeed, the Court of Justice's early enthusiasm for a broad reading of Article 30, the Treaty's basic provision on import barriers, has come back to haunt the ECJ in the Sunday Trading cases.

This paper analyzes the Court of Justice's approach to Article 30. It begins with a brief look at the context of the provision (Section I). Next the

-
1. *Carnation Co. v. Québec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238 [hereinafter *Carnation*]. See also G. Rémillard, *Le Fédéralisme canadien*, vol. 1 (Montréal : Québec/Amérique, 1983) at 367-68.
 2. Case 145/88, *Torfaen B.C. v. B & Q plc*, [1990] 1 All E.R. 129 (E.C.J.) [hereinafter *Torfaen*]; Case C-312/89, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne v. Sidef Conforama*, [1991] E.C.R. I-997 [hereinafter *Conforama*]; Case C-332/89, *Criminal Proceedings against Marchandise*, [1991] E.C.R. I-1027 [hereinafter *Marchandise*]; Case C-169/91, *Stoke-on-Trent C.C. v. B & Q plc*, [1992] E.C.R. I-6654 [hereinafter *Stoke-on-Trent*].

development of the jurisprudence applicable to Article 30 is critically reviewed and the Court of Justice's theory of the role of the Article in the Common Market is measured against other theories (Section II). The final section (III) discusses the application of the ECJ's jurisprudence to the Sunday Trading cases and suggests that the decisions can be defended more easily if the Court of Justice is taken not to mean what it says.

I. Context

Although a lively debate is carried on in the literature over whether the European Community (EC) is in the nature of a federation or an international organization, it is sufficient for our purpose to describe the EC as consisting essentially of two elements : a common market, and a collection of institutions devoted to the protection and development of the common market.³ By the Treaty of Rome (or EEC Treaty),⁴ signed in 1957, the original Member States created a common market characterized by the free movement of goods, labour and capital within the bloc, and established rules regarding, *inter alia*, a common external tariff and a common competition policy.⁵ The free movement of goods in particular is protected in the Treaty of Rome by a host of provisions prohibiting customs duties and other restrictive measures between the Member States (Articles 9 to 37).

The European Community owes much of its progress towards integration to the institutions which the Member States created to defend and develop the common market. Although the members of the EC are sovereign States, the institutional framework they created has some characteristics of a federation, including an autonomous legal system and a Court of Justice.⁶ Because of an effective institutional enforcement mechanism, Articles 9 to 37 are a powerful weapon against protectionism on the part of Member States.

-
3. For general information on the European Community, see J. Steiner, *Textbook on EEC Law*, 2d ed. (London : Blackstone, 1990).
 4. Treaty Establishing the European Economic Community (Rome, 25 March 1957).
 5. Two other treaties created common markets in specific products. The name «European Community» includes the common markets and institutions of all three treaties, which have since been merged.
 6. The newest reforms to the EC, contained in the Treaty of Maastricht, include significant modifications to the institutional framework as well as a Social Policy Agreement and a number of non-justiciable legal principles and political commitments. However, the amendments should not affect the operation of Article 30 of the EEC Treaty or the role of the ECJ in interpreting it. See further D. Curtin, «The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces» (1993) 30 C.M.L.Rev. 17.

A. *The Community Legal System*

At the centre of the enforcement mechanism are the «twin pillars» of the Community legal system, namely the direct applicability and primacy of Community law.⁷ The principle of direct applicability means that the Treaty creates rights which individuals and enterprises can assert in their national courts. In particular, Articles 30 to 34, dealing with non-tariff barriers within the Community, have had direct effect as of the end of the «transition period».⁸ Thus, unlike the Canada-U.S. Free Trade Agreement or the General Agreement on Tariffs and Trade, the EEC Treaty «has created its own legal system which ... [is] an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply.»⁹ In this way, the implementation of the norms of the Common Market cannot be thwarted as easily by States refusing for political reasons to pursue claims on behalf of their nationals.

The second «pillar» is the principle that Community law prevails over the national law of the Member States. Even in international law generally, the failure to comply with a treaty is not justifiable on the grounds of a conflict with the obligor State's domestic law.¹⁰ When this principle is combined with direct applicability, the result is that individuals have access to (national) courts which can decline to apply national law to the extent that it conflicts with Community law.

Since a domestic court's authority to set aside national law is itself granted by national law — for example, the domestic legislation implementing the EEC Treaty — the principle of supremacy is more fragile than it may appear. In the United Kingdom, for example, the constitutional principle of parliamentary sovereignty means that Parliament is incapable of alienating its right to pass legislation inconsistent with the EEC Treaty.¹¹ Nevertheless, even in the U.K., the House of Lords has indicated that courts should «construe» national legislation so as to conform to Community law, «no matter how wide a departure from the *prima facie* meaning may be needed.»¹²

-
7. D. Wyatt and A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC* (London : Sweet & Maxwell, 1980) at 26 [hereinafter Wyatt and Dashwood].
 8. Case 74/76, *Iannelli v. Meroni*, [1977] E.C.R. 557 at 575-76; L. Defalque and G. Vandersanden, «La notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative (art. 30 du Traité C.E.E.)» (1984) 103 J. des Trib. 489 at 490.
 9. Case 6/64, *Costa v. ENEL*, [1964] E.C.R. 1141 at 1158, [1964] C.M.L.R. 425.
 10. Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 27. See also Wyatt and Dashwood, *supra*, note 7 at 28.
 11. By the English doctrine of implied repeal (*lex posterior derogat priori*), any inconsistent subsequent legislation is deemed to have impliedly repealed the previous legislation. See *Ellen Street Estates v. Minister of Health*, [1934] K.B. 590; O.H. Phillips and P. Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, 7th ed. (London : Sweet & Maxwell, 1987) at 71-74.
 12. *Garland v. British Rail Engineering*, [1983] 2 A.C. 751, per Lord Diplock.

It seems that as a practical matter, if national courts are to be expected to go along with the «primacy» of Community law, it is important for these laws, including decisions of the Court of Justice, to be perceived as legitimate. The ECJ in particular must, in interpreting the Treaty, render reasoned decisions based on the effective implementation of the Treaty, and not on extraneous concerns which are properly matters for the national jurisdiction.¹³

B. *Structure of the Prohibition against Import Barriers*

At issue in the Sunday Trading cases was the interpretation of Article 30, which provides a broadly worded prohibition on non-tariff import barriers between Member States. The English version¹⁴ of Article 30 reads as follows :

«Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall, without prejudice to the following provisions, be prohibited between Member States.»

The «following provisions» referred to in Article 30 relate in particular to a transition period, since elapsed, for the gradual elimination of quantitative restrictions. In addition, Article 34 contains a provision identical to Article 30 except that it applies to restrictions on exports.

Article 30 binds Member States and their agents, as well as the institutions of the Community,¹⁵ and applies to trade in «goods», which are «products which can be valued in money and which are capable, as such, of forming the subject of commercial transactions.»¹⁶

Derogation from the principle of the free movement of goods is authorized by Article 36 on certain enumerated grounds. Article 36 reads as follows :

13. See L. Gormley, Case Comment on *Torfaen Borough Council v. B & Q plc* (1990) 27 C.M.L. Rev. 141; J. Steiner, «Drawing the Line : Uses and Abuses of Article 30 EEC» (1992) 29 C.M.L. Rev. 749 at 750 (text accompanying note 10).

14. The nine versions of the Treaty of Rome, each in a different national language, are equally authentic. See M. Hilf, «The Role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities» in A. de Mestral *et al.*, eds., *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law* (Cowansville : Yvon Blais, 1986) at 566.

15. See P. Oliver, *Free Movement of Goods in the EEC*, 2d ed. (London : European Law Centre, 1988) at 38-56.

16. Case 7/68, *Commission v. Italy*, [1968] E.C.R. 617 at 626, [1969] C.M.L.R. 1 at 8. It is not necessary for our purposes to investigate in greater detail the limits of the concept of goods. For a review of the issues, the reader is referred to Oliver, *supra*, note 15 at ch. 2, or to A. Mattera, «Libre circulation des marchandises et articles 30 à 36 du Traité C.E.E.» [1976] R.M.C. 500 at 501-502.

«The provisions of Articles 30 to 34 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy [ordre public] or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.»

The implications of Article 36 will be discussed in greater detail below. At this point, it is sufficient to note that the analysis of a provision of national legislation challenged as an import restriction is a two-stage process. First, it must be shown that the provision is a quantitative restriction on imports or that it has an effect equivalent to a quantitative restriction. If the measure is demonstrated to have a restrictive effect on imports within the meaning of Article 30, it is incompatible with the Treaty unless it is justified under Article 36.

A two-stage approach has of course also been adopted in Canada for the scrutiny of legislation for conformity with the Charter,¹⁷ and is common in constitutions and human rights instruments, notably the European Convention on Human Rights.¹⁸ As a corollary of the theory that fundamental documents should be given a large and liberal interpretation, provisions containing derogations are usually interpreted narrowly. In principle, therefore, if a measure *prima facie* violates the free movement of goods, the standard of justification is strict; accordingly, Article 36 receives a narrow construction.¹⁹

However, the Canadian experience with section 1 of the Charter has shown that in some cases the legislature is not held to the stringent standard.²⁰ Although in the context of the Charter this relaxation of the justificatory standard is often meant to free the legislature to enact laws to protect vulnerable groups, for example, a more pragmatic explanation can also be advanced. An unduly «expansive» interpretation of the so-called substantive provisions of the

17. Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B of the Canada Act, 1982 (U.K.), c. 11 [hereinafter the «Charter»].

18. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) 213 U.N.T.S. 222. See further the survey of Deschênes J. in «Le rôle du droit comparé dans l'évolution récente des droits de la personne au Canada» in de Mestral *et al.*, *supra*, note 14 at 590.

19. *Commission v. Italy*, *supra*, note 16.

20. See C. Rogerson, «Section One of the Charter» (unpublished, May 1991), and the cases cited therein, especially *R. v. Edwards Books*, [1986] 2 S.C.R. 713, *Irwin Toy v. Québec (A.G.)*, [1989] 1 S.C.R. 927, *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, and *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

Charter will often make it appropriate to adopt an analysis under section 1 which is more deferential towards the State. In other words, an interpretation of the rights-conferring provision which «overshoot[s] the actual purpose of the right or freedom in question» would compel the court to expand the derogation in section 1 of the Charter.²¹

Thus, the challenge facing the European Court of Justice in interpreting Article 30 is as follows : if the derogations are to be interpreted restrictively, then the Court of Justice should ensure that whenever a measure is held to be inconsistent with Article 30, it truly does conflict with a fundamental principle of the Common Market so that it can be held to a strict standard of justification. Unfortunately, the Court of Justice has attempted to maintain, simultaneously, an excessively broad interpretation of Article 30 and an extremely narrow interpretation of the derogation contained in Article 36, while rendering decisions which are acceptable, in the result, to the Member States. It is respectfully submitted that this attempt to please everyone has been made at the expense of logic and certainty, especially in the treatment of so-called indistinctly applicable measures.

II. *Interpretation of Article 30*

A. *Indistinctly Applicable Measures and the Court of Justice : From Dassonville to Cinéthèque*

A measure is indistinctly applicable if it does not distinguish between national and imported products. Thus, for example, a rule on the «dry matter content» of bread marketed in a Member State is indistinctly applicable,²² while a regulation imposing a product standard only on bread imported from another Member State is not.

It is true that the text of Article 30 does not expressly categorize measures as distinctly or indistinctly applicable. Nevertheless, while there is general support for the proposition that measures which are distinctly applicable are banned by Article 30, there is less agreement on the status of indistinctly applicable measures.

21. *R. v. Big M Drug Mart*, [1985] 1 S.C.R. 295 at 344. See K. Mahoney, «*R. v. Keegstra : A Rationale for Regulating Pornography?*» (1992) 37 McGill L.J. 242 at 250. For a recent judicial application of what Wilson J. refers to as «a serious and non-trivial approach» to the rights-conferring provisions of the *Charter*, see *Lavigne v. OPSEU*, [1991] 2 S.C.R. 211 at 259-60, per Wilson J; *R. v. Committee for the Commonwealth of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139 at 232-33, per McLachlin J.

22. Case 130/80, *Fabriek voor Hoogwaardige Voedingsprodukten Kelderman B.V.*, [1981] E.C.R. 527.

For example, despite the Commission of the European Communities' pronouncement in 1970 that indistinctly applicable measures were not inconsistent with the free movement of goods unless they had a disproportionate effect on imports,²³ the Court of Justice settled in 1974 on a broad formulation according to which the indistinctly applicable character of a measure is irrelevant to whether it is «measure having equivalent effect».

The Court of Justice's formulation, set out in *Procureur du Roi v. Dassonville*, has become the classic definition of the measures envisaged by Article 30 :

«All trading rules ... which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions.²⁴»

This definition is capable of a very wide scope. In the first place, «trading rule», or «*réglementation commerciale*» in the French version, includes any regulation of business, not merely international trade regulation. Indeed, the language of Article 30 supports the view that government economic activity other than business regulation is also capable of constituting «measures having an effect equivalent to quantitative restrictions».²⁵ Moreover, it is unnecessary that a measure be distinctly applicable or even that it protect domestic producers for it to be «capable of hindering» (or «*susceptible d'entraver*») the flow of goods across boundaries within the Community. By a literal reading of the strongly worded test in *Dassonville*, all that is necessary is that the presence of the measure be capable of leading to a reduction in imports.

Admittedly, this was not the only possible interpretation of *Dassonville*. It would not be unreasonable to read «capable of hindering ... intra-Community trade» as requiring that the measure either be distinctly applicable or have a more severe impact on imports than on domestic products. A broad interpretation of Article 30 was not even necessary to decide the case in *Dassonville* : the impugned measure was a distinctly applicable measure which imposed a material burden specifically on imported products. Nevertheless, the Court of Justice has subsequently interpreted the *Dassonville* formulation in a manner consistent with its expansive tone and wording.²⁶

23. Directive 70/50, J.O. 1970 L 13/29, Article 3.

24. Case 8/74, [1974] E.C.R. 837 at 852, para. 5 [hereinafter *Dassonville*].

25. E.L. White, «In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty» (1989) 26 C.M.L.Rev. 235 at 235-36. See, for example Case 249/81, *Commission v. Ireland*, [1982] E.C.R. 4005 [«Buy Irish» campaign].

26. See Steiner, *Textbook*, *supra*, note 3 at 72-74 and Oliver, *supra*, note 15 at 75 *et seq.*, and the authorities cited in those texts.

It will be recalled that Article 36 permits derogation from Article 30 on certain grounds, namely

«public morality, public policy [ordre public] or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property...»

It is arguable that if interpreted liberally enough, Article 36 could counteract the broad *Dassonville* formula.²⁷ However, the Court of Justice has severely limited the scope of Article 36, convinced that any measure infringing Article 30 is a violation of a fundamental legal rule of the Community. Accordingly, the Court of Justice has declared the grounds of derogation enumerated in Article 36 to be exhaustive and each of the grounds has received a narrow interpretation.²⁸ Thus, many desirable objectives, such as consumer protection and the prevention of unfair competition, have been held to be ineligible.²⁹

Moreover, the burden of showing that a measure is saved by Article 36 is on the Member State.³⁰ Even if the objective is on the list, the requirement of proportionality means that a measure cannot be justified under Article 36 if another equally effective measure is available which would impair the free movement of goods less, or if the degree of impairment is out of proportion to the objective.³¹

The first major opportunity to reconsider *Dassonville* came five years after that decision, in the case referred to as *Cassis de Dijon*.³² This case involved a challenge to a regulation on the minimum alcoholic content of fruit liqueurs marketed in Germany. The Court of Justice is not bound by its own past decisions,³³ and was free to overrule *Dassonville* by adopting a narrower definition of a hindrance to trade. Alternatively, the Court of Justice could have adopted a more permissive approach to the derogation by overruling its previous

27. This position was advocated, for example, by L. Defalque, «Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises» (1987) 23 C.D.E. 471 at 487.

28. *Commission v. Italy*, *supra*, note 16; Case 153/78, *Commission v. Federal Republic of Germany*, [1979] E.C.R. 2555.

29. Case 113/80, *Commission v. Ireland*, [1981] E.C.R. 1638. See also Defalque, *supra*, note 27 at 486.

30. Case 251/78, *Denkavit Futtermittel v. Minister of Agriculture*, [1979] E.C.R. 3369.

31. See, for example, Case 104/75, *Officier van Justitie v. De Peijper*, [1976] E.C.R. 613 at 635-36.

32. Case 120/78, *Rewe-Zentral A.G. v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, [1979] E.C.R. 649 [hereinafter *Cassis de Dijon*].

33. See L.N. Brown, *The Court of Justice of the European Communities*, 3d ed. (London : Sweet & Maxwell, 1989) at 314.

decisions on Article 36. Instead, however, the decision in *Cassis de Dijon* muddled the waters because it made no mention of either *Dassonville* or Article 36. The key passage from the judgment is in the following terms :

«Obstacles to movement within the Community resulting from disparities between the national laws relating to the marketing of the products in question must be accepted in so far as those provisions may be recognised as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer.³⁴»

It is now generally accepted that the Court of Justice did not implicitly overrule *Dassonville* or its Article 36 jurisprudence, and that the judgment instead created a new derogation internal to Article 30 itself.³⁵ The new exception was for what the Court of Justice called «mandatory requirements». It is clear from the French term, «*exigences impératives*», that the derogation is for objectives sufficiently important to justify an infringement of principles fundamental to the Common Market.³⁶ Unlike the enumeration in Article 36, the list of *exigences impératives* is not exhaustive and, as the above excerpt shows, includes a number of legislative objectives which were excluded from Article 36.³⁷ Nevertheless, legislation aimed at an *exigence impérative* remains subject to the same strict test of proportionality as under Article 36 since it derogates from an essential Community principle.³⁸

Cassis de Dijon was important because unlike the rule in *Dassonville*, the impugned product standard in *Cassis de Dijon* was applicable both to imports and to national products. Despite its indistinct applicability, however, the restriction in *Cassis de Dijon* was demonstrated to have the effect of protecting a local German industry from a competing French product.³⁹

34. *Ibid.* at paragraph 8.

35. See P. VerLoren van Themaat, «La libre circulation des marchandises après l'arrêt «Cassis de Dijon»» (1982) 18 C.D.E. 123 at 131-32. There is, however, a school of opinion suggesting that even though *Cassis de Dijon* does not mention Article 36, in fact the new grounds are merely an illustration of possible Article 36 derogations, possibly falling within «public policy» : see Oliver, *supra*, note 15 at 92.

36. *Cassis de Dijon*, *supra*, note 32 at para. 14.

37. Oliver, *supra*, note 15 at 87. Consumer protection and the protection of fair competition are two examples of objectives which qualify as *exigences impératives* according to the judgment in *Cassis de Dijon* but which cannot justify a derogation under Article 36 : see note 29, *supra*.

38. Case 182/84, *Proceedings against Miro B.V.*, [1986] 3 C.M.L.R. 545.

39. The minimum alcoholic content for fruit liqueurs was set to a level low enough that the German product complied but sufficiently high that the rival French product fell short. See Oliver, *supra*, note 15 at 88.

As the above excerpt from the judgment suggests, the ECJ chose not to identify the protective character of the regulations as the reason for their unacceptability, indicating instead that the mere existence of non-harmonized national regulations was an obstacle to trade. The Court of Justice further held that to remedy this kind of trade barrier, it is not sufficient for a Member State to treat imported and national products equally; in the absence of harmonization, Article 30 requires the mutual recognition of product standards. The Court of Justice reinforced its point with this observation :

«There is therefore no valid reason why, provided that they have been lawfully produced and marketed in one of the member-States, alcoholic beverages should not be introduced into any other member-State...⁴⁰»

For its part, the Commission responded to the judgment by sending the Member States a letter interpreting and reformulating the statement as a positive duty to admit :

«Tout produit importé d'un État membre doit être en principe admis sur le territoire de l'État membre importateur s'il est légalement fabriqué ... et commercialisé sur le territoire [du pays d'exportation].⁴¹»

These statements caused consternation in some economic circles,⁴² although *The Economist* viewed the *Cassis de Dijon* court's emphasis on harmonization and mutual recognition as «a contribution to the great market [that] should be toasted regularly in kir.»⁴³

Though the Commission framed the Member State's obligation under Article 30 as a duty to admit, it should be pointed out that the regulation in *Cassis de Dijon* was technically not a refusal to *admit* certain products onto the territory of the importing state, since it prohibited neither importation nor production; rather, it was a rule about the characteristics of products *marketed* on the territory. What the judgment recognizes is that if a product cannot be sold within the territory then imports of the product have been blocked just as effectively as if they had been refused entry at the border. However, the

40. *Cassis de Dijon*, *supra*, note 32 at para. 14.

41. EC Commission, *Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon)*, J.O., C 256, 3 Oct. 1980 at 2, reproduced in [1980] R.M.C. 514.

42. F. Capelli, «Les malentendus provoqués par l'arrêt sur le «Cassis de Dijon»» [1981] R.M.C. 421 at 421.

43. N. Colchester, «A Survey of Europe's Internal Market» supplement to *The Economist* (9 July 1988) at S7.

connection between marketing and admission is rarely as clear as it was in *Cassis de Dijon*, especially when there is no evidence of protective effect or protectionist intent. And in these more ambiguous cases, where a marketing rule merely has an incidental effect on sales of imports, it is not clear why the duty to admit should require the marketing regulation not to be extended equally to imported products.

For example, in the case of a ban on the delivery of baked goods at night (*Oebel*) or on the serving of strong alcoholic beverages in a hotel (*Blesgen*),⁴⁴ it was impossible to find either a discriminatory purpose or a disproportionate effect on imports. The Court of Justice decided in these cases that it was not even necessary to refer to *exigences impératives*, holding simply that each measure had

«... en réalité pas de lien avec l'importation des produits et [n'était]
donc pas de nature à entraver le commerce entre États membres.⁴⁵»

The problem with this reasoning is that in *Cassis de Dijon*, it could equally be said that the regulation was in connection with the sale of products, not their importation. There is arguably no basis for finding that the provision in *Cassis de Dijon* — a ban on the sale of insufficiently strong alcoholic beverages — was connected to imports while finding no similar connection in the ban in *Blesgen* on sales of strong alcoholic beverages in hotels.⁴⁶ Consequently, *Oebel* and *Blesgen* are now considered to have been exceptions⁴⁷ to the current of Court of Justice jurisprudence according to which, as a general rule, even the indistinct application of non-protective marketing restrictions is a hindrance to trade.⁴⁸

44. Case 155/80, *Proceedings against Oebel*, [1981] E.C.R. 1993 [hereinafter *Oebel*]; Case 75/81, *Blesgen v. Belgium*, [1982] E.C.R. 1211 [hereinafter *Blesgen*].

45. *Ibid.* at 1211.

46. In fact, White and Mortelmans might suggest that the former rule is a product standard, while the latter rule is mere regulation of «market circumstances». See *infra*, text accompanying note 80 *et seq.*

47. However, *Oebel* and *Blesgen* were recently followed by the Court of Justice in Case C-23/89, *Quiettlynn Ltd. v. Southend B.C.*, [1990] E.C.R. I-3059.

48. For example, Case 788/79, *Gilli*, [1980] E.C.R. 2071; Case 178/84, *Commission v. Germany*, [1988] 1 C.M.L.R. 780 [law regulates use of designation «beer»]; Case 193/80, *Commission v. Italy*, [1981] E.C.R. 3019 [law prohibits sale of acetic acid not made from wine]; Case 16/83, *Prantl*, [1984] E.C.R. 1299 [German law prohibits sale of wines in bottles of a particular shape]; Case 59/82, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft v. Weinvertriebs*, [1983] E.C.R. 1217 [German law requires all imported wine to conform to production requirements of country of production]. But see Case 216/84, *Commission v. France*, [1988] E.C.R. 793 [non-protectionist ban on substitute milk powder violates Article 30].

*Cinéthèque v. Fédération nationale des cinémas français*⁴⁹ played an important role in confirming the general rule, since unlike the German rule on fruit liqueurs in *Cassis de Dijon*, the impugned measure in *Cinéthèque* was not protectionist in purpose and had the same impact on foreign and national producers. The legislation prohibited the sale of movies in videocassette form for a short period after the release of the film in cinemas. The Court of Justice accepted that the purpose and effect of the legislation was to protect the cinematographic industry in general, and not the French industry in particular.⁵⁰ It concluded that in principle, the legislation was inconsistent with the free movement of goods because of disparities among the Member States' regulation in this field, but that it was acceptable as a means of protecting the cinematographic form. Thus, in *Cinéthèque*, the Court of Justice remained true to the statements in *Cassis de Dijon* declaring that regulation which is not harmonized across the Community is *prima facie* inconsistent with the principle of the free movement of goods even if it is non-discriminatory.⁵¹

The second important development in *Cinéthèque* relates to the derogation created in *Cassis de Dijon*. According to the prevailing view, the Court of Justice did nothing more than make the protection of cinematography an *exigence impérative*.⁵² However, the Court of Justice did not refer even once in its judgment to the concept of *exigences impératives*. It merely held that the objective was «justified with regard to Community law» and gave no further explanation. Thus, we do not truly know whether the ECJ considered the promotion of cinematography to be of such an «imperative» nature as to warrant overriding a fundamental principle of the Common Market, whether the measure was justified under Article 36, or whether the Court of Justice simply conjured up another, more lenient exception to Article 30.

Despite the uncertainty surrounding the scope of the derogation following the cryptic judgment in *Cinéthèque*, the Court of Justice has consistently indicated that in principle, Article 30 extends to national measures which are not discriminatory and which do not have a disproportionate impact on imports. In the language of the Court of Justice, such measures are nevertheless «capable of hindering intra-Community trade», in the absence of harmonization across the Community.

49. Cases 60 and 61/84, [1985] E.C.R. 2605 [hereinafter *Cinéthèque*].

50. It is not clear why it was not argued, however, that the legislation was protective in effect because it benefited French cinema operators at the expense of Community (including French) videocassette distributors.

51. K. Mortelmans, «Article 30 of the EEC Treaty and Legislation Relating to Market Circumstances» (1991) 28 C.M.L.Rev. 115 at 120.

52. Steiner, *Textbook*, *supra*, note 3 at 75; White, *supra*, note 25 at 244; Oliver, *supra*, note 15 at 88.

B. *Indistinctly Applicable Measures and the Canadian Common Market*

It was observed at the beginning of this paper that in Canada, provincial measures which are not discriminatory and which do not have an excessive effect on interprovincial trade flows are within the province's constitutional *vires*. Thus, in Canada, the balance chosen by the courts between the protection of the common market and the integrity of the legislative jurisdiction of the provinces reflects a somewhat narrower vision of the free movement of goods than that adopted by the ECJ. At this point, it is useful to review briefly the Canadian jurisprudence in order to explain how the difference in approach arose.

Canada's equivalent of Article 30 EEC is the so-called «common market clause» in section 121 of the Constitution Act, 1867.⁵³ It provides :

«All Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall ... be admitted free into each of the other Provinces.»

It might be thought that section 121 is worded even more broadly than Article 30 : a guarantee that goods shall be «admitted free» is arguably more liberal than a prohibition against «measures having an effect equivalent to quantitative restrictions on imports». Indeed, the wording of section 121 is similar to the «duty to admit» formulated by the EC Commission in response to *Cassis de Dijon*.⁵⁴ However, section 121 has been interpreted much less liberally than Article 30 EEC. In fact, it turns out that Canada's «common market clause» is little more than a duty on provinces not to impose tariffs on products from other provinces.⁵⁵

For this reason, section 121 is not useful against non-tariff trade barriers. Consequently, restrictions on provincial power to enact regulation affecting trade within the federation have been elaborated principally by reference to the division of powers in sections 91 and 92. The basic rule is that provinces may not enact legislation whose «pith and substance» is the regulation of interprovincial trade :

53. (U.K.), 30 & 31 Vic., c. 3.

54. See *supra*, note 41 and accompanying text.

55. *Murphy v. C.P.R.*, [1958] S.C.R. 626 at 634; *Gold Seal Ltd. v. Dominion Express Co.* (1921), 62 S.C.R. 424. See also M.J. Trebilcock, «Federalism and the Canadian Economic Union» in H. Bakvis and W. Chandler, eds., *Federalism and the Role of the State* (Toronto : U.T. Press, 1987) at 217.

«It is not the possibility that these orders might «affect» the appellant's interprovincial trade which should determine their validity, but, rather, whether they were made «in relation to» the regulation of [interprovincial] trade and commerce.... The fact of such impact may be relevant in determining their true aim and purpose, but it is not conclusive.^{56»}

Thus, provincial legislation is valid as long as its «true purpose» is not to regulate interprovincial trade.

Because the main restriction on provincial non-tariff barriers in Canada is contained in the limits to the provinces' legislative jurisdiction under section 92-13 rather than the «common market clause», there are two major weaknesses in Canada's common market in comparison to that of the EC. First, the limits in s. 92-13 bind only the provincial legislatures. Second, s. 92-13 grants the provinces a wide leeway to use or spend provincial public property, even if the purpose of the spending would exceed the provincial regulatory competence.⁵⁷ In contrast, Article 30 EEC applies to the executive and legislative branches of government of the Member States and to all institutions of the Community itself, and makes no explicit distinction between regulatory and non-regulatory «measures».⁵⁸ Thus in Canada, discriminatory government procurement policies, such as those at issue in the recent Ontario-Québec and Québec-New Brunswick trade conflicts,⁵⁹ and federally-sanctioned interprovincial trade barriers, such as those authorized by the Farm Products Marketing Agencies Act, S.C. 1970-71-72, c. 65, continue to impair the internal market.⁶⁰

Assuming that section 92-13 applies, the determination of whether it has been exceeded by a particular measure is approached very differently from the manner articulated by the ECJ in *Dassonville* and *Cinéthèque*. Whereas the European Court of Justice considers the purpose of the measure to be irrelevant

56. *Carnation*, *supra*, note 1 at 252-53.

57. For example, provinces have acquired airlines and given international aid : see P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2d ed. (Toronto : Carswell, 1992) at 6-20 to 6-21 and 28-2 to 28-5.

58. Oliver, *supra*, note 15, ch. 4. See for example the case involving the «Buy Irish» campaign, *Commission v. Ireland*, *supra*, note 25, and accompanying text.

59. See A. Pépin, «Barrières interprovinciales : [Le premier ministre ontarien] Rae menace le Québec de mesures punitives» *La Presse*, 2 September 1993, B5; D. Lessard, «Québec et Queen's Park concluent un armistice» *La Presse*, 24 December 1993, A1; K. Cox and B. McKenna, «N.B. Bans Québec Workers, Bidders» *The Globe and Mail*, 22 April 1993, A1. See also M.J. Trebilcock, J. Whalley *et al.*, «Provincially Induced Barriers to Trade in Canada : A Survey» in M.J. Trebilcock, J.R.S. Prichard *et al.*, *Federalism and the Canadian Economic Union* (Toronto : U.T. Press, 1983) at 243-47 [hereinafter Trebilcock, Whalley *et al.*].

60. See Trebilcock, Whalley *et al.*, *ibid.* at 254-57.

in determining whether it *prima facie* violates Article 30 EEC, a law's purpose will be determinative of its constitutionality under s. 92-13. A discriminatory provincial law will probably be beyond the province's power under s. 92-13 because its aim is to regulate interprovincial trade, while a law with a legitimate objective relating to the regulation of local commerce will usually be *intra vires*. It is true that *Carnation* suggests that an intention to regulate interprovincial trade might be imputed to the province on the basis of the effects of the measure.⁶¹ However, assuming that any extraprovincial effects are reasonably incidental to the aim of the legislation, and that there is no other evidence of an unconstitutional purpose, the law will be a valid exercise of provincial power.⁶² In particular, indistinctly applicable measures whose purpose and effect are not discriminatory will not be considered to interfere with Canadian interprovincial trade, even if they are capable of having an impact on the flow of goods across boundaries. In contrast, as previously pointed out, such measures would violate Article 30 EEC, following *Dassonville* and *Cinéthèque*, unless they could be justified with reference to an imperative national interest or under Article 36.

C. *Article 30 and Harmonization*

The main rationale for applying Article 30 to non-discriminatory indistinctly applicable measures is that in the absence of harmonization they may constitute barriers to trade. Article 30, it is often argued, must be construed so as to further the elimination of these barriers :

«Prise dans son acception la plus large, la notion de "libre circulation des marchandises" doit ... être interprétée en fonction de l'objectif à atteindre, à savoir la réalisation de conditions communes et uniformes permettant aux produits de circuler entre les pays de la Communauté comme à l'intérieur d'un marché national.»⁶³

Although this assertion is not without merit, it does not follow that Article 30 is the proper tool to remove disparities among national legislative régimes.

61. *Supra*, note 1 at 252-53. The principle would appear to have been applied in *Manitoba (A.G.) v. Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] S.C.R. 689 as well as in *Manitoba (A.G.) v. Burns Foods Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 494 [hereinafter *Burns Foods*].

62. In *Burns Foods*, *ibid.*, esp. at 505, the Court ruled the provincial plan *ultra vires* because its extraprovincial reach could not be characterized as reasonably ancillary to a legitimate provincial objective.

63. *Mattera, supra*, note 16 at 501.

To some extent, the purpose of the European Common Market is to achieve integration for its own sake.⁶⁴ However, it bears remembering that the usual justification for a common market is that it generally results in economic gains for the nations involved.⁶⁵

The gains from the removal of trade barriers can be sorted into a number of categories. First, the removal of trade barriers permits production of a particular good to gravitate to areas within the bloc where there is a comparative advantage in its production.⁶⁶ This permits producers to realize economies of scale by serving a larger market. Equally importantly, quite apart from economies of scale, shifting production of a good to an area with a comparative advantage gives rise to a more efficient production pattern across the common market.⁶⁷ Hereinafter, these savings will be referred to as arising from the efficient geographic allocation of production.

Less often mentioned is what may be termed the gain from the elimination of a «local distortion». By this expression I mean that a national trade barrier is also distortive of local consumption decisions, because it is theoretically equivalent to a production subsidy plus a consumption tax.⁶⁸ Thus, the elimination of a tariff or product standard removes a «wedge» from between relative prices and relative costs in the domestic market, so that the domestic equilibrium is closer to its efficient point, assuming that the unregulated equilibrium is efficient in the local market. The shift in the domestic equilibrium has consequences for trade flows since any hindrance to overall consumption restricts in particular the consumption of imports.

The costs of trade barriers are incurred regardless of whether the barriers result from protectionism or simply disparities among regulation in the Member

64. One of the ultimate objectives of the treaties of the European Communities, which were negotiated in the decade following the Second World War, was to increase the interdependence of the Member States so as to ensure a durable peace in Europe : see H.J. Küsters, *Fondements de la Communauté économique européenne* (Office des publications officielles des Communautés européennes, Brussels : Labor, 1990) at 2.

65. M. Trebilcock mentions a number of exceptions to the generalization of economic gains from the removal of trade barriers in «Federalism and the Canadian Economic Union» : *supra*, note 55 at 218.

66. See M. Chacholiades, *International Economics* (New York : McGraw-Hill, 1990) at ch. 2.

67. For example, independently of any economies of scale, efficiency is enhanced within the European Common Market if Denmark produces animal furs and Portugal cultivates citrus fruit, rather than both countries attempting to produce both goods. Production does not necessarily shift to the producer with the lowest *absolute costs*, because to say that a country has a comparative advantage in the production of a particular commodity is simply to say that the pre-trade *opportunity cost* of the commodity is lower. See further Chacholiades, *supra*, note 66 at 18, 23-24.

68. See Chacholiades, *supra*, note 66 at 157.

States. If national standards differ, even if not for protectionist reasons, and even if no domestic industry obtains an advantage, the ability of a producer to serve the entire Community market is impaired, as is the ability of a purchaser to obtain its goods where they may be produced at the least relative cost. Similarly, the distortive effects on trade flows which result from the «wedge» between prices and costs in the national market are also independent of the protectionist character of the regulation. It is for this reason that the Court of Justice in *Cassis de Dijon* and *Cinéthèque* considered a protectionist motive or protective effect to be irrelevant where there was an absence of harmonization among Member States.

However, once a disparity has been identified as a trade barrier, the question remains as to what obligation Article 30 imposes on the Member States. In a situation where a national standard has been adopted with protectionist intent, or even where it simply has the effect of protecting a national market, there is a case for singling it out as responsible for the trade barrier. In contrast, in the absence of protectionist motive or protective effect, the trade barrier cannot be attributed to any of the standards individually.

It may appear at first blush that the Member States adhering to stricter standards can be blamed for the trade barrier. This is the position implicit in the principle of mutual recognition articulated in *Cassis de Dijon* and *Cinéthèque*. It is submitted that this preference for the lowest standard is unjustified. Suppose, for example, that starting from a position of equal regulation, one nation passes a law to relax its standard. As a result, trade between that State and the others will be restricted, because a rational producer may be induced to produce a special run for the low-standard market, depending on the offsetting diseconomies of small scale. According to *Cassis de Dijon* and *Cinéthèque*, all the other nations would be required to match the new, lower standard, or to justify their passivity by reference to an imperative national interest. As Marengo points out,

«Le traité n'a pas pour but d'interdire les réglementations en tant que telles, afin de parvenir à l'uniformité des réglementations par leur simple suppression.⁶⁹»

Yet, the interpretation forwarded in *Cassis de Dijon* and *Cinéthèque* sets the stage for a mandatory «race to the bottom».⁷⁰

69. G. Marengo, «Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative» (1984) 20 C.D.E. 291 at 318.

70. To be fair, States would still be able to apply whatever standard they choose to products which are produced within the State, as long as they do not require compliance by imported products.

On the other hand, it might be argued that the more rigorous product standard can be singled out because of the greater magnitude of the trade effects of its «local distortion». As I have explained, above, a national standard is equivalent to a consumption tax and a production subsidy : therefore, the more strict the regulation, the more «distortive» of overall consumption is the subsidy-tax combination. Recall that this distortion affects imports because purchases of imported products are part of overall consumption.

I would suggest, however, that this argument is not tenable. The local distortion accompanying a regulation is of a different nature from any geographic misallocation of production. While the latter is a special feature of protectionism and legislative disparities, the former is the inevitable consequence of all kinds of government intervention in the economy. Moreover, since this part of the trade effect flows exclusively from the fact of domestic economic regulation, its magnitude is independent of the standards adopted by the other Member States. In other words, the effect of the local distortion on sales of imports in a Member State would be the same regardless of whether other Member States had no standard, the same standard or a higher standard. It is therefore illogical to assign responsibility for the absence of harmonization on the basis of this trade effect.

In summary, therefore, although a lack of harmonization of regulations within the Common Market causes a geographic misallocation of production, this misallocation cannot be attributed to any of the Member States individually. In particular, it cannot be imputed to those Member States having stricter regulations.⁷¹

Some Euro-scholars scarcely conceal their bias against regulation when they argue that harmonization can be achieved by means of Article 30. For example, in defence of his broad view of the free movement of goods, Mattera notes with concern

«[c]e phénomène inquiétant et grandissant de l'intervention des États dans la vie économique de leur pays par des mesures touchant aux domaines les plus disparates...⁷²»

Yet, unless regulation is *per se* antithetical to the Common Market, the «distortive» effects inherent to regulation are not an appropriate basis for considering a non-discriminatory, non-protective national measure to be responsible for a trade barrier that arises from legislative disparities.

71. Marengo, *supra*, note 69 at 320.

72. Mattera, *supra*, note 16 at 518-19.

Article 30 is too crude an instrument for achieving the goal of harmonization because it provides no rule for choosing among the competing standards. It is significant that pursuant to Article 100A of the Treaty, the EC Commission is leading efforts to achieve agreement among the Member States on harmonized legislation. The Commission's work would be futile if harmonization could be achieved through the direct application of Article 30 in order to invalidate national legislation. This cannot have been the purpose of Article 30.

D. The Requirement of Disadvantage

In an article written before the Court of Justice's decision in *Cinéthèque*, Marengo argued that discrimination or disadvantage is necessary to trigger Article 30. In his view, the object of Article 30 is not fundamentally to achieve harmonization, however desirable that objective may be in the context of the Common Market, but rather

«... d'établir la communication entre les économies et mettre en concurrence, à parité de conditions, les facteurs de production nationaux et les facteurs correspondants des autres États membres.⁷³»

Communication and competition between national economies and factors of production would favour an efficient geographic allocation of resources. They would be achieved, as far as possible, by the elimination of national measures which have discriminatory intent or which place imports at a disadvantage relative to national products. Marengo's theory has been widely rejected by other academic writers,⁷⁴ and the Court of Justice clearly opted for harmonization in *Cinéthèque*. It will be argued, however, that the detractors of the «theory of disadvantage» do not propose any convincing alternative.

Marengo's concept of discrimination is very broad. It is, of course, beyond doubt that the different treatment of situations which are the same is discriminatory. Measures which effect «formal discrimination» of this kind, for example the requirement in *Dassonville* of a certificate of origin for imported liquor, automatically fall foul of Article 30.⁷⁵ However, indistinctly applicable measures are also capable of discriminating against imported products : an apparently neutral provision may have a protectionist object or may be more

73. *Supra*, note 69 at 316.

74. See White, *supra*, note 25 at 244; Oliver, *supra*, note 15 at 91; Gormley, *Prohibiting Restrictions on Trade within the EEC* (The Hague, 1985) at 264-65. See also for example Steiner, «Drawing the Line», *supra*, note 13 at 770; Mattera, *supra*, note 16, both of whom agree that disadvantage and protectionism are both irrelevant.

75. Marengo, *supra*, note 69 at 305, 312; Oliver, *supra*, note 15 at 90.

onerous in effect for imported products.⁷⁶ The minimum alcoholic content regulation in *Cassis de Dijon* is an example : since the alcoholic content of fruit liqueurs traditionally varied from region to region, to impose a minimum standard placed imports at a disadvantage.⁷⁷ The adverse impact imposed on imported products by this sort of indistinctly applicable measure is labelled «*discrimination matérielle*». It is argued that only if the provision is formally discriminatory or has a discriminatory adverse impact is there a trade barrier that can be attributed to the measure.

Marenco's interpretation of Article 30 has the advantage of being consistent with the Court of Justice's interpretation of the prohibition on export restrictions in Article 34, which is phrased virtually identically to Article 30.⁷⁸ In *Groenveld*, a case on Article 34 decided shortly after *Cassis de Dijon*, the ECJ held that indistinctly applicable production regulations are not measures having an effect equivalent to export restrictions unless their intent or effect is discriminatory.⁷⁹

Many of the writers who disavow Marenco's theory nevertheless agree that the scope of Article 30 should be narrower than that adopted by the Court of Justice in *Cassis de Dijon* and *Cinéthèque*, and have proposed their own criteria for limiting the scope of Article 30 without resorting to the derogation for *exigences impératives*. White, for example, would draw a line between regulation of the characteristics of products and regulation of the circumstances in which they are marketed. According to his theory, only regulation of the first kind, regarding the size, shape, content, packaging and labelling of a product, for example, has the potential to hinder the progress of the Common Market.⁸⁰ Regulation of the second type, relating to the time, place and manner of sale of a product, for example, is considered innocuous.

But while White claims that Marenco's theory is «untenable»,⁸¹ it is submitted that in fact White's own theory is very similar to it. Indeed, Marenco

76. Although it is far beyond the scope of this paper to compare Marenco's definition of discrimination to the treatment of the concept in Canadian human rights law, the extension of the concept of discrimination to include situations of formal equality but material disadvantage is evident in cases under the Charter and the human rights codes. See *Andrews v. Law Society of B.C.*, [1989] 1 S.C.R. 143.

77. This point was made in the judgment in *Cassis de Dijon*, *supra*, note 32 at para. 14. See also Marenco, *supra*, note 69 at 306.

78. Article 34 reads : «Quantitative restrictions on exports, and all measures having equivalent effect, shall be prohibited between Member States.» For an attempt to explain the discrepancy in the ECJ's interpretation of two essentially identically-worded provisions, see Steiner, *Textbook*, *supra*, note 3 at 80; Oliver, *supra*, note 15 at 90, 98-103.

79. Case 15/79, *P.B. Groenveld B.V. v. Produktschap voor Vee en Vlees*, [1979] E.C.R. 3409.

80. White, *supra*, note 25 at 259.

81. *Ibid.* at 244.

expressly refers to measures requiring a «manipulation of products» as being contrary to Article 30 if they are excessive or unnecessary.⁸²

It is important to keep in mind why measures of this kind may be objectionable. Rules relating to the characteristics of products often impose additional costs on importers, for example, if a special production run is required for a particular national market. Indeed, if importers are compelled to incur extra expenses to comply with standards which are already in use in domestic production, the measure can be attacked on grounds of *discrimination matérielle*. Note, however, that it is not the disparity among the rules in force in various States, but rather the adjustment cost borne by importers to comply with a particular rule, which gives rise to *discrimination matérielle*. If the disparity does not result in importers incurring compliance costs which domestic producers do not have to expend, there is no discriminatory impact and hence, no violation of Article 30.

White finds his argument on an analysis of the case law of the Court of Justice. In most cases where the ECJ has found a violation of Article 30, the national regulation related to the characteristics of the product. However, even acknowledging that product characteristics regulation is more likely to obstruct the Common Market than is market circumstances regulation, it is submitted that the real reason for this correlation is not that characteristics legislation is inherently incompatible with the Common Market, but that characteristics legislation more often imposes a special burden on imports.

In some situations, this special burden on imports can be identified even if the regulation is characterized as regulation of circumstances. For example, the Belgian appellant in *G.B.-Inno-B.M. v. A.T.A.B.*⁸³ complained that it would be forced to redesign its marketing strategy for the Luxembourg market in order to comply with local prohibitions on the use of certain kinds of advertising. The Court of Justice was persuaded by a similar argument in *Oosthoek's* case.⁸⁴

It may be for this reason that Mortelmans proposed to include, in addition to characteristics regulation, measures regulating market circumstances which were not territorially confined. Thus, a restriction on door-to-door selling would *prima facie* violate Article 30, but a rule on store closing hours would

82. Marengo, *supra*, note 69 at 312. Marengo considers these measures to violate Article 30 but says they are not «*matériellement discriminatoires*». In my view, however, it is much simpler, not to mention more consistent with the rest of Marengo's approach, to analyze them within the framework of *discrimination matérielle*.

83. Case 13/77, [1977] E.C.R. 2115.

84. *Proceedings against Oosthoek's Uitgeversmaatschappij B.V.*, [1983] 3 C.M.L.R. 428 at 445, para. 15.

not.⁸⁵ Unfortunately, Mortelmans' explanation for adding territorially-unconfined market circumstances rules to the scope of Article 30 is cursory and unclear : perhaps if the rules are confined as to location, then in some sense they are closer to being a regulation of the use of a fixed place, with the good «only a secondary consideration».⁸⁶

Ultimately, however, it is submitted that the key to finding a threat to the Common Market is in identifying a special burden on imports. The labels «characteristics» and «circumstances» proposed by White and Mortelmans are conclusory. For example, in cases like *Blesgen*⁸⁷ (prohibition on sale of strong alcoholic beverages in hotels), how do we decide whether a measure relates to the characteristics of the product or merely the circumstances of its sale? Important questions, namely the validity of the legislation, should not depend on a distinction which is indeterminate and which may be subject to manipulation by legislative drafters.

In *Torfaen*, Advocate General Van Gerven expressed a preference for a test based on whether the effect of the measure was to contribute to the partitioning of the Common Market into separate national markets.⁸⁸ He had drawn this test from the Court of Justice's interpretation of the prohibition against anti-competitive collusive activity in Article 85.⁸⁹ In its jurisprudence on Article 85, the ECJ had interpreted the phrase «which may affect trade between Member States» so as to require that an agreement or concerted practice have an appreciable partitioning effect on intra-Community trade before it would be subject to the Article. As Van Gerven noted, both Article 30 and Article 85 are about the hindering of trade within the Community, and pursue the same objective, namely to protect the Common Market.⁹⁰

There are, however, a number of problems with Van Gerven's approach. In the first place, although Articles 30 and 85 both have as their «fundamental purpose» the protection of the Common Market, it is not clear that they are protecting it from the same threat. Moreover, as Van Gerven himself noted, one of the purposes of the threshold in Article 85 is «to delimit the field of application» of Community competition law from national competition law.⁹¹

85. Mortelmans, *supra*, note 51 at 130.

86. *Ibid.*

87. *Supra*, note 44.

88. *Torfaen*, *supra*, note 2 at 148-49.

89. Article 85 prohibits «all agreements ... and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their objective or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market ...»

90. VerLoren van Themaat also observes a *convergence* in ECJ jurisprudence between the rules on the free movement of goods and the rules on competition. See *supra*, note 35 at 134.

91. *Torfaen*, *supra*, note 2 at 148.

In this context, it makes sense to require potentially restrictive agreements to have some effect on trade at the Community level before subjecting them to the Community regime.

On the other hand, it could be argued that it makes as much sense to require potentially restrictive national legislation to have a minimum of effect on trade at the Community level before finding it to be a threat to the Common Market. Indeed, both Mortelmans and Steiner considered Van Gerven's test to be a disguised *de minimis* threshold.⁹² If it is a threshold rule, it has to be disguised because the Court of Justice expressly rejected the idea of a *de minimis* rule for Article 30 in the *van de Haar* case.⁹³

In many cases, if a national market is «screened off», it will be possible to say that imported products have been excluded from the market in a manner which places them at a disadvantage relative to domestic substitutes and thus, to find discriminatory impact. This was the case in *Cassis de Dijon*. On the other hand, cases such as *Cinéthèque* and *Commission v. France*⁹⁴ are examples of situations where measures had the effect of closing off the national market without any formal or adverse-impact discrimination between national and imported products. It is tempting to conclude in these cases that any measure which tends towards the partitioning of the Common Market cannot possibly be compatible with the principle of the free movement of goods and the maintenance of the Common Market.

Ultimately, however, Van Gerven's theory is vulnerable to the same criticisms as the theory adopted by the Court of Justice. The fact is that whenever regulation in an area is not harmonized, the integration of the Common Market is imperfect, because partitioning occurs in some degree. As I have already argued, this partitioning cannot be attributed to any particular Member State's regulation, and it cannot be rectified through a process of harmonization which uses Article 30 to compel all States to adhere to the lowest common denominator.

92. Article 85 illustrates how a *de minimis* rule would operate. It was mentioned in the text accompanying note 89, *supra*, that Article 85 prohibits collusive activity only if it has an appreciable impact on intra-Community trade. If its impact is insignificant, then any theoretical violation of Article 85 is *de minimis*. According to Mortelmans, this is the kind of test Van Gerven is implicitly proposing for Article 30 : see Mortelmans, *supra*, note 51 at 128; Steiner, «Drawing the Line», *supra*, note 13 at 772.

93. Cases 177-78/82, *Criminal Proceedings against Van de Haar*, [1984] E.C.R. 1797.

94. *Supra*, note 48 [powdered milk].

III. *Sunday Trading*

Sunday observance legislation might have been challenged under the freedom of religion clause at Article 9(1) of the European Convention on Human Rights. Article 9(1) might support an argument similar to that accepted by the Supreme Court of Canada in *Edwards Books*,⁹⁵ namely that the requirement to stop work on the Christian pause day imposes a special burden on those individuals and groups whose religion requires them to observe a different day of the week. But who can blame the business-owners in *Torfaen*, *Conforama*, *Marchandise*, and *Stoke-on-Trent*⁹⁶ for challenging their national Sunday legislation instead under the Treaty of Rome? Unlike the European Convention of Human Rights, the Treaty of Rome is directly effective and it prevails over incompatible domestic legislation in all Member States.⁹⁷

A. *The Sunday Trading Cases as a Development of the Cinéthèque Line*

In the first of these cases to be decided, *Torfaen Borough Council v. B & Q plc*, the Borough Council was attempting to enforce the Shops Act 1950,⁹⁸ a British statute making it an offence for a store to open on Sundays in England or Wales, except as provided for in a series of exceptions. One storeowner raised as a defence that the Shops Act violated Article 30 and should not be applied. Pursuant to Article 177 of the EEC Treaty, the local Magistrates' Court referred preliminary questions relating to the shop's «Euro-defence» to the Court of Justice.

The Court of Justice ruled as follows :

«Article 30 of the Treaty must be interpreted as meaning that the prohibition which it lays down does not apply to national rules prohibiting retailers from opening their premises on Sunday where the restrictive effects on Community trade which may result therefrom do not exceed the effects intrinsic to rules of that kind.»⁹⁹

Note that since the Court of Justice does not have jurisdiction under Article 177 to rule on the compatibility of a particular piece of national legislation with Community law, its ruling is phrased in general terms. The ultimate «validity»

95. *Edwards Books and Art v. R.*, *supra*, note 20.

96. The four Sunday Trading cases are cited at note 2, *supra*.

97. See N. Marsh, «What Rights are Fundamental — The United Kingdom's Dilemma» in de Mestral *et al.*, eds., *supra*, note 14 at 515 *et seq.*

98. (U.K.) 14-15 Geo. VI, c. 28.

99. *Torfaen*, *supra*, note 2 at 157.

of the British law would have to be determined by the national court, having regard to the proportionality of the «restrictive effects» of the law on trade within the Community.¹⁰⁰

The reasons offered by the Court of Justice for ruling that the prohibition in Article 30 «does not apply» reveal that the ECJ applied *Cinéthèque*. In its judgment, the Court of Justice began by recalling that in *Cinéthèque*, the impugned measure

«... was not compatible with the principle of the free movement of goods provided for in the Treaty unless any obstacle to Community trade thereby created did not exceed what was necessary in order to ensure the attainment of the objective in view and unless that objective was justified with regard to Community law.

*In those circumstances it is therefore necessary in a case such as this to consider first of all whether rules such as those at issue pursue an aim which is justified with regard to Community law.*¹⁰¹»

It would appear from these observations that the ECJ considered Sunday legislation to be an obstacle to the free movement of goods. Thus it fell to be considered whether the measures could be justified under the principle of derogation articulated in *Cinéthèque*.

The above excerpt from *Torfaen* is repeated in two subsequent Sunday Trading judgments, *Conforama* and *Marchandise*. In these two cases, the Court of Justice dealt with challenges by retailers to the Labour Codes of France and Belgium, respectively, which restricted the employment of staff on Sundays.

In all three cases, the national court had asked the Court of Justice to assume that some portion of the goods that the shops would have sold on Sunday were imported goods. In finding that the effect on the shops' sales of imports was as a matter of Community law a «restrictive effect on intra-Community trade», the Court of Justice extended the «duty not to regulate» beyond the context contemplated in *Cassis de Dijon* and *Cinéthèque*.

Unlike the situation in *Cassis de Dijon* and *Cinéthèque*, disparities among national laws on retail hours had absolutely nothing to do with any

100. Although it has previously asserted that the validity of national legislation is a matter for the national courts, the Court of Justice has since ruled that as a general rule, Sunday observance legislation will not violate Article 30. See the discussion of the decision in *Stoke-on-Trent*, *infra*, at note 114 and the accompanying text.

101. *Torfaen*, *supra*, note 2 at 156.

reduction in the sales of imported products in the U.K., France or Belgium. If anything, differences in national policies in this regard might *increase* cross-border trade in goods (as Ontario retailers' recent experience illustrates). This point, which was raised by the Commission before the ECJ in *Torfaen*, was rejected by the Advocate General and ignored in the judgment of the Court of Justice.¹⁰² Advocate General Van Gerven's response was that as long as the rule prevents sales of imports which might otherwise occur in the absence of the rule, it is a hindrance to intra-Community trade.¹⁰³

Indeed, the ECJ now asserts that an obstacle to trade may arise in the absence of any protectionist intent, disadvantage, or disparity among national laws. I would suggest that in fact, if none of these features are present, there is no barrier to trade : since there is no protectionism or legislative disparity, the geographic allocation of production is not distorted. In consequence, the only trade effect of Sunday legislation is that which is attributable to the «local distortion», namely the import component of the disruption in consumption which arises because of the theoretical equivalency of the regulation to a consumption tax. But as I argued above,¹⁰⁴ this effect is common to all regulation,¹⁰⁵ indeed to all interventions by the State in the economy. If even this impact on the flow of goods across boundaries is of a nature to trigger Article 30, then almost any conceivable regulatory measure of general application is also caught. Moreover, elementary macroeconomic theory tells us that any exercise of fiscal or monetary policy which affects aggregate demand will have an impact on the level of imports.¹⁰⁶ Are all of these measures to be considered «measures having equivalent effect» unless they can be justified as *exigences impératives* or under Article 36?

The answer is no. To find a violation of a fundamental principle of the Common Market in those circumstances would be inconsistent with the idea that the Member States have retained jurisdiction to regulate any aspect of their domestic economy. Aside from being antithetical to the principle of subsidiarity,¹⁰⁷ such an interpretation would be unreasonable because the

102. *Torfaen*, *supra*, note 2 at 138h.

103. *Torfaen*, *supra*, note 2 at 142a.

104. See discussion, *supra*, note 71 and accompanying text.

105. A similar argument was alluded to but not seriously considered by the Advocate General in *Torfaen*, *supra*, note 2 at 143d.

106. See R. Lipsey, D. Purvis, P. Steiner, *Economics*, 6th ed. (New York : Harper & Row, 1988) at 593.

107. Though its precise content is uncertain, one accepted formulation of the subsidiarity principle of Community law states that regulation is to be left to the Member States unless for reasons of effectiveness or convenience it is best handled at the Community level. See N. Emiliou, «Subsidiarity : An Effective Barrier against 'the Enterprises of Ambition'?» (1992) 17 E.L.Rev. 383 at 391.

Member States could not have intended in ratifying Article 30 to divest themselves of their ability to develop and apply economic policies on their own territories.¹⁰⁸

There is no justification for the Court of Justice's contention in *Torfaen*, *Conforama* and *Marchandise* that a regulation can still be restrictive of Community trade if it is applied indistinctly, is not discriminatory, and is uniform throughout the Community. Yet, the overall consistency of these judgments with the ECJ's reasoning in *Cinéthèque* and *Cassis de Dijon* is striking. In the two latter cases, although the evil addressed was the absence of harmonization, the assumption on which the cases proceeded was that all regulation has the potential to be distortive of trade within the Common Market. The resulting preference for the lowest common denominator is not explicable by a theory of optimal geographic allocation. I have argued that only an independent aversion to regulation can account for the approach to Article 30 asserted in the *Cassis de Dijon*-*Cinéthèque* line and in the Sunday Trading cases.

Article 30 was not meant to be interpreted in such a way as to require all regulation to be justified as an exception to the principle of the free movement of goods. As White has argued,

«If Article 30 is allowed to become a quasi-constitutional instrument which complainants and courts can use to question the justification and «proportionality» of virtually all State measures regulating society, then the Court of Justice will inevitably be led ... either to greater laxity in recognising measures as justified or to call into question the direct applicability of Article 30.¹⁰⁹»

The judgments rendered by the Court of Justice in *Torfaen*, *Conforama* and *Marchandise* show that White was correct.

In fact, when *Cassis de Dijon* first introduced the concept of *exigences impératives*, the Commission's statement on its scope reflected the general consensus about the standard of importance the overriding objective had to meet:

108. The same argument was invoked in the context of Article 85 (anti-competitive practices) by the Advocate General in Case 229/83, *Leclerc v. Au Blé Vert*, [1985] E.C.R. I at 22.

109. *Supra*, note 25 at 239.

«Ce but doit être de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises qui constitue l'une des règles fondamentales de la Communauté.¹¹⁰»

First weakened by the ambiguous reference in *Cinéthèque* to the objective of protecting cinematography as being «justified in Community law», the concept of *exigences impératives* is now unrecognizable.¹¹¹ In *Torfaen*, the Court of Justice considered that the objective of the legislation was to «ensure that working and non-working hours are so arranged as to accord with national or regional socio-cultural characteristics», and that this objective was «a matter for the member states.»¹¹² Similar objectives in *Conforama* and *Marchandise* were also held to be «a matter for the member states.»¹¹³

A fourth Sunday Trading case, decided near the end of 1992, confirmed the trend. *Stoke-on-Trent* involved a second reference relating to the Shops Act 1950. This time, the Court of Justice did not even repeat the formulation inspired by *Cinéthèque*, according to which Sunday closing legislation was *prima facie* an obstacle to trade. Instead, it simply noted the legitimacy of the objective and the proportionality of the measure :

«[L]es législations en cause poursuivaient un but justifié au regard du droit communautaire. ... [L]es effets restrictifs sur les échanges d'une réglementation nationale interdisant l'occupation de travailleurs salariés le dimanche ... n'apparaissent pas comme excessifs au regard du but poursuivi. La même constatation s'impose, pour les mêmes raisons, en ce qui concerne une réglementation nationale qui interdit aux commerces de détail d'ouvrir le dimanche.¹¹⁴»

Based on this observation, the Court of Justice concluded that Article 30 does not apply to national Sunday closing legislation.¹¹⁵

Although the reference in the Sunday Trading cases to the legislative objective and to the proportionality test confirms that the measures were considered to derogate from the principle of free intra-Community trade, one is left with the impression that the measures were acceptable not because of the

110. EC Commission, *supra*, note 41 at [1980] R.M.C. 514, *Cassis de Dijon*, *supra*, note 32 at para. 14; Marenco, *supra*, note 69 at 293; Defalque and Vandersanden, *supra*, note 8 at 94, esp. text accompanying notes 123-29.

111. Indeed, many authors now simply refer to the derogation for *exigences impératives* as a «rule of reason», borrowing a term from U.S. and Community competition law. See Steiner, *Textbook*, *supra*, note 3; VerLoren van Themaat, *supra*, note 35 at 124.

112. *Torfaen*, *supra*, note 2 at 156.

113. See *Conforama*, *supra*, note 2 at I-1025 and *Marchandise*, *supra*, note 2 at I-1041.

114. *Stoke-on-Trent*, *supra*, note 2 at I-6659.

115. *Ibid.* at I-6660.

imperative character of their objective but because of the absence of a compelling integrationist principle.

B. Revival of the Theory of Disadvantage?

I have argued that despite purporting to follow the reasoning introduced in *Cassis de Dijon* and *Dassonville*, the Court of Justice has emasculated the test of justification for *exigences impératives*. At the same time, however, an additional consideration has surreptitiously been introduced : in *Cinéthèque* and all four Sunday Trading cases, the Court of Justice began by observing that «the marketing of products imported from other member states was not ... made more difficult than the marketing of domestic products» by the legislation.¹¹⁶ Only after making this observation did the ECJ proceed to consider whether the objective was «a matter for the Member States» and proportionate to the «restrictive effects on intra-Community trade».

Although the Court of Justice does not explain in any of these judgments why the absence of discriminatory impact is relevant, it is certainly arguable that new life has been breathed into the theory of disadvantage. As I have pointed out, Marengo's theory had been widely rejected.¹¹⁷ The Court of Justice itself, mysteriously analyzing the non-discriminatory legislation in *Cinéthèque* under what everyone assumed was the *Cassis de Dijon* derogation (though without mentioning the term «*exigences impératives*» or *Cassis de Dijon*), appeared to have rejected it as well. Yet, if legislation not having a discriminatory impact is acceptable as long as it furthers (in a proportionate manner) an objective which is «a matter for the Member States», one would be forgiven for concluding that the Court of Justice has in effect embraced the «disadvantage» theory. The fact that non-discriminatory regulation is nevertheless branded by the ECJ as having «restrictive effects on intra-Community trade» is of little consequence if the regulation can be justified with no difficulty.

This is not to say that the situation following the Sunday Trading cases is satisfactory. In the first place, although both the Court of Justice and Marengo now agree that non-discriminatory national legislation which is disproportionate, even if it is enacted for a legitimate objective, may violate Article 30,¹¹⁸ this proposition should be viewed with caution. In my opinion, the proportionality of a measure should not be considered unless the measure is *prima facie* a barrier to trade. If a measure is not formally discriminatory or discriminatory

116. *Torfaen*, *supra*, note 2 at 156; *Conforama*, *supra*, note 2 at I-1025; *Marchandise*, *supra*, note 2 at I-1040; *Stoke-on-Trent*, *supra*, note 2 at I-6657.

117. See *supra*, note 74.

118. Marengo, *supra*, note 69 at 312 (in the case of regulations requiring a «manipulation of products»).

in its effect, then its proportionality is a matter for domestic law, since disproportionate legislation which affects imports and domestic products equally does not result in geographic misallocation of production. It has of course been argued in Canada that a provincial measure infringes on the federal power over trade and commerce if its trade effects exceed those which are reasonably necessary for the attainment of its objective.¹¹⁹ However, I would point out that in the European Community, the impugned measures are those of sovereign States. The entire supra-national jurisdiction, including the ECJ, is a creation of the Member States. For this reason, Community institutions should be wary of evaluating the proportionality of national measures unless there is a threat to the free movement of goods.

A more important problem is that the Sunday Trading cases are merely the current stage of the sparsely reasoned «evolution» of the ECJ's jurisprudence on the derogation from the free movement of goods. Consequently, although in effect we have a new definition of the free movement of goods coinciding generally with that proposed by Marengo, it is unstable and is still perceived to relate to an exceptional derogation from a fundamental principle of the Common Market.¹²⁰ Although the *Stoke-on-Trent* decision has definitively resolved the Sunday closing issue, the wording of the decision suggests that it is specific to the context of Sunday legislation. The Court of Justice does not indicate in *Stoke-on-Trent* that any new general principle has displaced *Dassonville* and *Cassis de Dijon*.

This objection may be substantially addressed by the Court of Justice's subsequent ruling in *Keck and Mithouard*.¹²¹ In a preliminary ruling issued late last year, the Court of Justice rules that Article 30 does not preclude national legislation prohibiting reselling at a loss, in spite of the fact that some of the products that might otherwise have been resold would have originated in other Member States. More importantly, the ECJ explains in its reasons that it is time to «reexamine and clarify» *Cassis de Dijon*; and that «contrary to what had previously been decided», indistinctly applicable and non-discriminatory restrictions on marketing are generally not susceptible of hindering intra-Community trade. The Court of Justice's comments regarding its jurisprudence suggest that it finally recognizes that *Cassis de Dijon* cannot be taken at its face

119. See discussion *supra*, note 62 and accompanying text.

120. The confusion caused by the Sunday Trading cases is reflected in the House of Lords' decision in *Stoke-on-Trent* to refer the issue again to the ECJ, even though the Shops Act had already been considered by the Court of Justice, only 18 months earlier, in *Torfaen*. See the comments of the Advocate General in Case 306/88, *Rochdale B.C. v. Anders*, [1992] E.C.R. I-6457 at I-6464.

121. Cases C-267/91 and 268/91, *Criminal Proceedings against B. Keck and D. Mithouard*, unreported preliminary ruling issued 24 November 1993 (E.C.J.).

value. I would argue that *Keck and Mithouard* eliminates the need to frame a defence of national legislation in terms of an *exigence impérative* or derogation from the principle of the free movement of goods. Legislation which meets the criteria proposed by Marengo will simply be presumed not to violate Article 30.

Conclusion

If the Court of Justice's jurisprudence on Article 30 has been unstable, it is in part because the «free movement of goods» is more a political slogan than a legal principle.¹²² Thus, idealistic pronouncements such as the *Dassonville* formula, combined with the enthusiastic adoption of the goal of harmonization in *Cassis de Dijon*, created the impression that all regulation was suspect. However, Article 30 did not authorize the Court of Justice to precipitate the harmonization of national laws simply by invalidating them. And even if the ECJ had wished to compel harmonization at the lowest common denominator, the Member States would surely have balked.

Unwilling to sacrifice its idealistic interpretation of Article 30, but lacking the authority to carry the interpretation to its logical conclusion, the Court of Justice turned to the derogation to trim the scope of Article 30. Starting with *Cassis de Dijon*, and continuing through *Cinéthèque* to the Sunday Trading cases, the derogation has been gradually relaxed. As well, through the evolution of the derogation, important criteria which had originally been rejected, such as non-discrimination and evenhanded application, were discreetly introduced.

As a result, the current scope of Article 30 is not unreasonable. Regrettably, however, the Court of Justice's lack of candour and, in particular, its failure to explain the status of *Dassonville* and *Cassis de Dijon*, have done little to reduce the uncertainty surrounding Article 30. Time may help to moderate the instability of the first two decades of jurisprudence on import restrictions, especially if the ECJ follows through its most recent decision, *Keck and Mithouard*.¹²³ This case, it is hoped, will be taken as a signal from the Court of Justice that *Cassis de Dijon* must no longer be taken literally.

122. As observed by R.D. Lumb, commenting on s. 92 (the common market clause) of the Constitution of Australia, in *The Constitution of Australia Annotated*, 4th ed. (Sydney : Butterworths, 1986) at 307-308.

123. *Supra*, note 121.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : PRÉJUDICE MATÉRIEL, CORPOREL ET MORAL : VARIATIONS SUR LA CLASSIFICATION TRIPARTITE DU PRÉJUDICE DANS LE NOUVEAU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ

Auteur(s) : Nathalie VÉZINA

Revue : *RDUS*, 1993-1994, volume 24, numéro 1

Pages : 161-180

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13365>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13365>

Page vide laissée intentionnellement.

**PRÉJUDICE MATÉRIEL, CORPOREL ET MORAL :
VARIATIONS SUR LA CLASSIFICATION TRIPARTITE
DU PRÉJUDICE DANS LE NOUVEAU DROIT
DE LA RESPONSABILITÉ**

par Nathalie VÉZINA *

Traditionnellement, lorsqu'une victime demandait réparation en vertu des règles de la responsabilité civile, le préjudice subi était partagé entre deux catégories: le préjudice était matériel ou moral, selon la nature patrimoniale ou extrapatrimoniale de l'atteinte. Dans le nouveau Code civil du Québec, les articles clés du droit de la responsabilité civile envisagent le préjudice selon trois catégories. Ce faisant, le législateur québécois opte explicitement pour la position, déjà adoptée par une partie de la jurisprudence et de la doctrine, selon laquelle le préjudice corporel doit être considéré comme étant distinct des deux catégories précédentes. L'auteure constate que cette classification entraîne des conséquences plus importantes que dans le Code civil du Bas Canada, puisque plusieurs dispositions ont une portée différente selon la nature du préjudice subi par la victime. Par ailleurs, elle considère certaines des difficultés que pourrait engendrer l'application de cette classification dans le droit nouveau.

*, Avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Traditionally, when a victim sought damages, the injury would be categorized as material or moral, depending on whether a patrimonial interest was involved. Under the new Civil Code of Quebec, key articles relating to civil liability divide injuries into three separate categories. In so doing, the Quebec Legislator confirms a jurisprudential and doctrinal trend which considers bodily injury as distinct from the two categories mentioned above. The writer notes that this classification will have a greater impact on the rules concerning civil liability than that which existed under the Civil Code of Lower Canada, since several articles apply differently depending on the nature of the injury suffered by the victim. In addition, she examines some of the difficulties that may arise in the application of this newly recognized classification.

(1993) 24 R.D.U.S.	<i>Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité</i>	163
--------------------	--	-----

SOMMAIRE

Introduction	165
I. Évolution de la classification du préjudice	165
II. Impacts de la classification du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité	171
III. Difficultés possibles en matière de classification du préjudice	174
A. Préjudice corporel et préjudice moral : double standard ou confusion des termes?	175
B. La victime médiate d'une atteinte à l'intégrité corporelle subit-elle un préjudice «corporel»?	177
C. Classification tripartite et législation québécoise	182
Conclusion	183

*Préjudice matériel, corporel et moral :
variations sur la classification tripartite du préjudice* (1993) 24 R.D.U.S.
dans le nouveau droit de la responsabilité

Introduction

Il est des mots auxquels on attache, au fil du temps, une certaine signification. Dans le domaine juridique, cet usage peut toutefois être perturbé par des développements législatifs, jurisprudentiels ou même doctrinaux. Dès lors, les réflexes acquis avec les années peuvent prendre un certain temps à s'estomper, d'où l'intérêt de faire le point¹.

La question de la classification du préjudice dans le droit québécois de la responsabilité justifie, selon nous, un tel exercice. Habitues à une classification «bipartite» du préjudice, les juristes québécois ont été témoins d'un mouvement graduel vers une classification «tripartite», laquelle vient d'être formellement reconnue par le législateur dans les articles cardinaux du droit de la responsabilité civile (art. 1457, 1458 et 1607 C.c.Q.).

Nous chercherons, dans un premier temps, à retracer l'évolution de la classification du préjudice et à faire le point sur la signification de chacune des catégories reconnues par le législateur québécois (I). Ceci nous amènera, dans un deuxième temps, à considérer l'importance de cette classification dans le nouveau droit de la responsabilité (II). Enfin, nous aborderons brièvement certaines difficultés qui pourraient se présenter, compte tenu des dispositions législatives présentement en vigueur (III).

I. Évolution de la classification du préjudice

Confrontées au quasi-mutisme du législateur sur la question, la jurisprudence et la doctrine ont longtemps abordé le préjudice à travers une classification bipartite : le préjudice indemnisable était soit matériel, soit moral.

En ramenant ces deux notions à leur plus simple expression, le préjudice matériel constitue une atteinte à un droit patrimonial, alors que le préjudice moral résulte d'une atteinte à un droit extrapatrimonial. La même idée est d'ailleurs suggérée en opposant préjudices «patrimonial» et «extrapatrimonial», «pécuniaire» et «non pécuniaire», «économique» et «non économique», etc.².

-
1. Un auteur, à l'occasion des travaux de l'Office de révision du Code civil, en a démontré l'utilité en rapport avec la résolution de contrat et certaines notions connexes - devançant en cela les efforts de clarification du législateur (art. 1604 al. 1 *in fine* C.c.Q.) : A. Popovici, «Notes de terminologie juridique autour de la notion de résolution de contrat» (1970-71) 73 R. du N. 343.
 2. P.-A. Crépeau et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1991, v^{rs} «dommage extrapatrimonial», «dommage patrimonial», «dommage matériel» et «dommage moral»; M. Tancelin, *Des obligations. L'acte illégitime et les modes d'exécution*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993, n^o 555; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 16^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1992, n^o 206; H.

Essentiellement, la classification bipartite du préjudice correspond à la grande division des droits, c'est-à-dire les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux³.

Jusque là, la classification bipartite du préjudice semble dépourvue d'ambiguïtés. Les risques de glissements n'en sont pas moins présents. Ainsi, on peut être tenté d'assimiler préjudice matériel et atteinte aux biens. Le préjudice moral, par opposition, serait synonyme d'atteinte à la personne. Cette reformulation appelle pourtant des nuances importantes. En effet, il semble y avoir là une certaine confusion entre l'événement à l'origine du préjudice et le préjudice lui-même. Or, une telle assimilation s'avère erronée dans certains cas. Ainsi, une atteinte à la personne peut entraîner un préjudice matériel, c'est-à-dire qu'elle peut amener des conséquences proprement pécuniaires. Par exemple, une atteinte à la réputation ou à la vie privée peut être à l'origine de pertes financières pour la personne qui en est victime⁴. Inversement, une atteinte aux biens pourrait occasionner, outre un préjudice à caractère patrimonial, un préjudice extrapatrimonial (animal pour lequel la victime éprouvait une affection réelle, oeuvre dont la mutilation porte atteinte aux sentiments de

Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd. par P. Azard, Paris, Dalloz, 1962, n° 149; Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1982, n° 562; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil*, t. VI, *Les obligations*, 4^e éd., Paris, Cujas, 1993, n°s 241-247; Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, 5^e éd., Paris, Litec, 1990, n° 211; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, n°s 430-432; H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., t. I, Paris, Montchrestien, 1965, n° 293; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations. Théorie générale*, 8^e éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1991, n° 410; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, n° 525; B. Starck, *Obligations*, vol. 1, *Responsabilité délictuelle*, 4^e éd. par H. Roland et L. Boyer, Paris, Litec, 1991, n°s 98 et 106; G. Viney, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations. La responsabilité civile: conditions*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, n° 250 et s. Voir aussi Ch. Larroumet, *Droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, Paris, Economica, 1990, n°s 649 et s.

3. Lalou, *ibid.*, n° 149.

4. Le professeur Tancelin, dans la quatrième édition de son ouvrage, favorisait une classification en fonction des atteintes à la personne et aux biens; il prenait néanmoins garde d'apporter des réserves quant aux possibles incidences économiques d'une atteinte à la personne : M. Tancelin, *Des obligations. Contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, n° 556. Voir aussi Y. Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, n°s 142 et s.; Marty et Raynaud, *supra*, note 2, n°s 427bis-429; Mazeaud et Tunc, *supra*, note 2, n° 294.

l'artiste, objet ayant une valeur sentimentale, etc.)⁵, quoique la doctrine soit plus prudente à ce sujet⁶.

Si l'on fait abstraction de ce risque de confusion, la classification bipartite s'avère somme toute relativement simple. Son défaut majeur réside plutôt dans son caractère rudimentaire. En effet, avec le développement des règles relatives aux atteintes à l'intégrité corporelle, la classification bipartite a révélé ses insuffisances. Il a semblé particulièrement inapproprié de placer sur un même plan les pertes pécuniaires au sens strict (par exemple, frais de remplacement ou de remise en état d'un bien, pertes d'exploitation, etc.) et celles attribuables à une atteinte à l'intégrité corporelle (perte de capacité de gains et dépenses liées aux soins). De la même façon - quoique l'assimilation puisse paraître moins choquante - il était difficile de traiter de façon identique les aspects non pécuniaires résultant d'atteintes à l'intégrité corporelle (préjudice esthétique, souffrances, perte de jouissance de la vie) et le préjudice non pécuniaire survenu indépendamment d'une telle atteinte. Une catégorie propre au préjudice corporel, c'est-à-dire portant sur les pertes pécuniaires et non pécuniaires découlant d'une atteinte à l'intégrité corporelle⁷, s'imposait donc d'elle-même.

-
5. Rares sont les autorités québécoises sur la question. Le préjudice moral pour la perte d'un animal a été évoqué de façon favorable dans *Régnier c. Gosselin*, [1978] C.P. 222. La jurisprudence française a été appelée plus fréquemment à reconnaître l'existence d'un préjudice moral pour la perte d'un animal : Civ. 1^{re}, 16 janvier 1962, J.C.P. 1962.II.12557, note P. Esmein, D.1962.J.199, note R. Rodière, S.1962.J.281, note C.-I. Foulon-Piganiol, Rev. trim. dr. civ. 1962.316, obs. A. Tunc; T.G.I. Caen, 30 oct. 1962, J.C.P.1962.II.12954, D.1963.J.92, S.1963.J.152, Rev. trim. dr. civ. 1963.93, obs. A. Tunc; T.G.I. Bordeaux, 13 juil. 1984, Gaz. Pal. 1984.2^e sem.Somm.445; Rouen, 16 sept. 1992, D.S.1993.J.353, note J.-P. Marguénaud. Voir aussi Civ. 1^{re}, 27 janv. 1982, J.C.P.1983.II.19923, note Chabas, D.1983.I.R.500, obs. Penneau. Elle montre toutefois une moins grande ouverture dans le cas d'objets inanimés : Trib. corr. Le Mans, 14 oct. 1966, Gaz. Pal.1967.1^{er} sem.J.29.
 6. Certains auteurs se montrent hostiles à la reconnaissance d'un préjudice moral pour atteinte à un bien : Chabas, note sous Civ. 1^{re}, 27 janv. 1982, *ibid.*; Chartier, *supra*, note 4, n° 159; Esmein, note sous Civ. 1^{re}, 16 janv. 1962, *ibid.*; Foulon-Piganiol, note sous Civ. 1^{re}, 16 janv. 1962, *ibid.*; Le Tourneau, *supra*, note 2, n° 576; Malaurie et Aynès, *supra*, note 2, n° 247; R. Nerson, «La condition de l'animal au regard du droit», D.1963.Chron.1, p. 4; Tunc, obs. sous Civ. 1^{re}, 16 janv. 1962, *ibid.*; *idem*, obs. sous T.G.I. Caen, 30 oct. 1962, *ibid.*; A. Weill et F. Terré, *Droit civil. Les obligations*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1986, n° 612; note sous Trib. corr. Le Mans, 14 oct. 1966, *ibid.*
D'autres auteurs émettent des réserves, tout en montrant une certaine ouverture : R. Rodière, note sous Civ. 1^{re}, 16 janv. 1962, *ibid.*; Marguénaud, note sous Civ. 1^{re}, 16 sept. 1992, *ibid.*; note sous T.G.I. Bordeaux, 13 juil. 1984, *ibid.*
 7. On peut être tenté de parler d'atteinte à l'intégrité *physique* : *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, *supra*, note 2, v° «dommage corporel». Pourtant, une tendance récente - manifeste dans certaines lois particulières - voit la protection de l'intégrité corporelle dans un sens global, incluant à la fois l'intégrité physique et psychique de la personne. À ce sujet, voir ci-dessous, partie III.C.

Contrairement aux deux autres catégories, le préjudice corporel est caractérisé par l'objet de l'atteinte (l'intégrité corporelle) plutôt que par la nature des intérêts affectés par cette atteinte (patrimoniaux ou extrapatrimoniaux). De fait, la catégorie du préjudice corporel a pour effet d'«exproprier» en partie les deux autres catégories de préjudice⁸, comme l'illustrent les schémas suivants :

Classification bipartite

Préjudice matériel	Préjudice moral
--------------------	-----------------

Classification tripartite

Préjudice matériel	Préjudice (pécuniaire)	corporel (non pécuniaire)	Préjudice moral
--------------------	---------------------------	---------------------------------	-----------------

L'idée d'une troisième catégorie n'était pas absente du Code civil du Bas Canada⁹. Néanmoins, le défaut du législateur de proposer une classification

8. Carbonnier, *supra*, note 2, n^{os} 206-207; Malinvaud, *supra*, note 2, n^o 211; Mazeaud, *Leçons*, *supra*, note 2, n^o 409.

Il faut noter que le professeur Tancelin, dans la plus récente édition de son ouvrage, propose une interprétation différente de la notion de préjudice corporel :

«[L]a distinction entre préjudice matériel et préjudice moral est insuffisante à rendre compte des solutions du droit positif. C'est pourquoi on distingue plus volontiers aujourd'hui le préjudice à la personne, dit "préjudice corporel" [...], et le préjudice aux biens, dit préjudice "matériel". L'un comme l'autre peut être soit matériel, soit moral.»

M. Tancelin, *supra*, note 2, n^o 556.

9. Ainsi, dans le droit antérieur, était-il nécessaire d'identifier les «lésions ou blessures corporelles» afin de déterminer le délai de prescription applicable à la réclamation de la victime selon l'art. 2262 par. 2 C.c.B.C. De même, l'identification de «blessures corporelles» était essentielle pour justifier l'application de l'article 1056b al. 4 C.c.B.C. Plus récemment, l'art. 2260a C.c.B.C. faisait référence au préjudice «corporel ou mental» causé à un patient en matière de responsabilité médicale ou hospitalière.

systématique a eu pour conséquence de laisser aux tribunaux et à la doctrine le soin d'élaborer cette classification tripartite.

Les développements majeurs survenus dans la jurisprudence canadienne en matière d'indemnisation du préjudice corporel ont permis de saisir la spécificité de ce type de préjudice. Pourtant, dans nombre de décisions récentes, les tribunaux évitaient toujours les problèmes liés au choix de l'une ou l'autre des classifications proposées, référant simplement aux chefs de réclamation (pertes de profit, inconvénients, atteinte à la dignité, souffrances, etc.) sans les rattacher à une catégorie particulière de préjudice.

De la même façon, la doctrine récente ne tranchait pas clairement en faveur de l'un ou l'autre des modes de classification : certains auteurs réfèrent encore à la classification bipartite¹⁰ alors que d'autres adhéraient à la classification tripartite¹¹.

Il faut toutefois concéder que le défaut de consacrer un mode particulier de classification n'emportait pas de conséquences significatives, puisque le législateur lui-même n'en proposait aucun et, surtout, que peu de règles étaient conditionnées par le rattachement d'un chef de dommage à l'une ou l'autre des catégories de préjudice. Or, la réforme du droit québécois modifie les règles du jeu. En effet, le législateur exprime clairement sa préférence pour la classification tripartite du préjudice (art. 1457, 1458 et 1607 C.c.Q.)¹². Plus encore, en multipliant les règles propres à l'une ou l'autre des catégories de

10. En droit québécois : J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1988, n^{os} 347-350. En droit français : Larroumet, *supra*, note 2, n^{os} 649-653; Le Tourneau, *supra*, note 2, n^o 562; Malaurie et Aynès, *supra*, note 2, n^{os} 241-247; Viney, *supra*, note 2, n^{os} 250 et s. Voir aussi Marty et Raynaud, *supra*, note 2, n^{os} 430-432; Starck, *supra*, note 2, n^{os} 98 et 106.

11. En droit québécois : J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990, *passim*. En droit français : Carbonnier, *supra*, note 2, n^{os} 206 et 207; Malinvaud, *supra*, note 2, n^o 211; Mazeaud, *Leçons*, *supra*, note 2, n^o 409. Voir aussi J. Flour et J.-L. Aubert, *Droit civil. Les obligations*, vol. 2, *Le fait juridique*, 5^e éd., Paris, Armand Colin, 1991, n^o 135; Weill et Terré, *supra*, note 6, n^{os} 606-612.

12. Les premiers projets de réforme allaient plutôt vers une classification bipartite du préjudice : Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978, livre V, art. 293 («Le préjudice matériel ou moral est susceptible de réparation.»). Voir aussi *Rapport sur le Code civil*, vol. II, *Commentaires*, t. 2, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 686. Le développement de règles spécifiques à l'indemnisation du préjudice corporel a certainement contribué à ce revirement. D'ailleurs, on retrouvait déjà, dans ce projet de réforme, des dispositions référant expressément aux «blessures corporelles» (livre V, art. 292, 296), à l'«atteinte à l'intégrité physique» (livre V, art. 297) et à l'«atteinte à la personne» (livre V, art. 301).
Déjà, au stade de l'avant-projet de loi, la classification tripartite était avancée par le législateur : Assemblée Nationale, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, 1^{re} sess., 33^e lég., art. 1515 al. 2 et 1659.

préjudice, il donne un rôle significatif à la classification retenue et impose, par le fait même, une plus grande rigueur terminologique.

II. Impacts de la classification du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité

Diverses dispositions du Code civil du Québec illustrent l'importance qu'accorde désormais le législateur à la classification du préjudice.

Certains articles font référence aux trois catégories de façon générale, sans pour autant attribuer de conséquences particulières à l'une ou l'autre d'entre elles. Il en va ainsi notamment des articles de base de la responsabilité civile extracontractuelle et contractuelle (art. 1457 et 1458¹³ C.c.Q.) et de l'indemnisation du préjudice (art. 1607 C.c.Q.)¹⁴. Plus intéressantes pour les fins de notre propos, toutefois, sont les dispositions en vertu desquelles le rattachement d'un chef de réclamation à une catégorie particulière de préjudice s'avère déterminant. En effet, le législateur a cherché, dans plusieurs cas, à offrir une protection particulière à la victime d'un préjudice corporel et, à l'occasion, d'un préjudice moral.

Ainsi, en matière de régimes matrimoniaux, le législateur déclare que le droit à des dommages-intérêts et l'indemnité reçue en réparation d'un préjudice corporel ou moral sont des biens propres à l'époux victime de ce préjudice (art. 454 C.c.Q.). Cette disposition exprime bien la volonté du législateur de systématiser l'emploi de la classification tripartite du préjudice, puisque la disposition correspondante dans l'ancien Code civil du Québec

-
13. Il aurait pu en être autrement de cette disposition. Initialement, le législateur était tenté de soustraire la victime d'un préjudice corporel au principe selon lequel toute action fondée sur l'inexécution d'une obligation contractuelle doit nécessairement relever de la responsabilité contractuelle. La première version de l'art. 1458 C.c.Q. se lisait ainsi :
«Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés.
Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables, *mais si le préjudice est corporel, seules les règles du régime extracontractuel de responsabilité s'appliquent.*» [Nos italiques.]
Assemblée Nationale, Projet de loi 125, *Code civil du Québec*, 1^{re} sess., 34^e lég., présentation, art. 1454. Le législateur s'est toutefois ravisé par un amendement qui supprimait ce dernier passage; à ce sujet, voir Assemblée Nationale, *Journal des débats. Commissions parlementaires. Sous-commission des institutions*, 1^{re} sess., 34^e lég., 19 sept. 1991, p. SCI-513-SCI-515 et 9 oct. 1991, p. SCI-569-SCI-570.
14. Un autre cas où le législateur réfère spécifiquement aux trois catégories de préjudice sans attacher de conséquences particulières à l'une d'entre elles est l'art. 2926 C.c.Q., relatif au point de départ de la prescription en cas de manifestation graduelle ou tardive du préjudice.

référait plutôt au «droit à des dommages-intérêts et l'indemnité reçue pour atteinte à la personne» (art. 486 C.c.Q. ancien).

Un changement particulièrement important apporté par la réforme concerne les clauses d'exclusion et de limitation de responsabilité. Constatant que la victime d'un préjudice corporel ou moral méritait une plus grande protection, en raison de la «primauté de la personne humaine» reconnue dans le Code¹⁵, le législateur invalide toute convention visant à limiter ou exclure la responsabilité eu égard à ces deux catégories de préjudice. Désormais, de telles clauses n'affectent la responsabilité que pour le seul préjudice matériel.

Dans le même esprit, le législateur a repris et étendu la protection de la victime en matière de quittances, transactions et déclarations obtenues dans les jours suivant la survenance du préjudice (art. 1056b C.c.B.C.). Parmi les changements intervenus dans le cadre de la réforme sur cette question¹⁶, il faut souligner que cette protection n'est plus limitée à la seule victime d'un préjudice corporel et s'étend désormais à la victime d'un préjudice moral (art. 1609 C.c.Q.). Les légistes sont toutefois silencieux sur les motifs à l'origine de cette modification, laquelle résulte d'ailleurs d'un amendement introduit après la présentation du projet de loi 125¹⁷.

En matière d'indemnisation du préjudice, une série d'articles se rapporte spécifiquement au préjudice corporel (art. 1614 à 1616 C.c.Q.). Ces dispositions de droit nouveau visent, chacune à leur façon, à protéger la victime d'un

15. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 903 (sous l'art. 1474 C.c.Q.).

Cette idée n'est pas nouvelle; voir notamment R. Nerson, *Droits extrapatrimoniaux*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, n° 187, p. 413; Y. Lambert-Faivre, *De la responsabilité encourue envers les personnes autres que la victime initiale. Le problème dit du «dommage par ricochet»*, thèse de doctorat en droit, Université de Lyon, 1959 [non publiée], p. 280.

16. Sur l'ensemble des modifications apportées au régime de l'art. 1056b C.c.B.C., voir C. Masse, «La responsabilité civile», dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, dir., *La réforme du Code civil*, t. II, Québec, Presses de l'Université Laval, 235, n° 105.

17. Une version préliminaire des commentaires se lisait ainsi :
«[Cette modification] apporte une précision qui a paru s'imposer, en raison du lien étroit qui existe normalement entre le préjudice moral et le préjudice corporel.»

Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, *Projet de loi 125. Code civil du Québec. Commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Amendements*, vol. 2, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, 1991.

Ce commentaire paraphrasait, en fait, des propos émis dans le cadre des travaux de la sous-commission des Institutions : *Journal des débats*, *supra*, note 13, 9 oct. 1991, p. SCI-544-SCI-545. Les travaux de la Sous-commission font état de la difficulté de distinguer le préjudice corporel et le préjudice moral. Sur la confusion existant au sujet de la distinction du préjudice corporel (principalement dans sa dimension non pécuniaire) et du préjudice moral, voir ci-dessous, partie III.A.

préjudice corporel¹⁸. Tout d'abord, le législateur allège la tâche de la victime de préjudice corporel quant à la preuve du taux d'actualisation applicable à sa réclamation (art. 1614 C.c.Q.)¹⁹. De même, le tribunal peut réserver le droit de la victime de demander, dans les trois ans, des dommages-intérêts supplémentaires en réparation du préjudice corporel, lorsque l'étendue de ce préjudice ne saurait être établie avec une précision suffisante (art. 1615 C.c.Q.)²⁰. Enfin, le mineur victime d'un préjudice corporel peut profiter d'une exception au principe de l'attribution forfaitaire de l'indemnisation et se faire octroyer par le tribunal des dommages-intérêts sous forme de rente ou de versements périodiques (art. 1616 C.c.Q.)²¹.

Par ailleurs, la réclamation de la victime d'un préjudice corporel ne peut désormais être soumise à un délai de prescription inférieur à trois ans, ni par une intervention directe du législateur réduisant le délai applicable, ni de façon indirecte par l'imposition d'un avis préalable à la poursuite (art. 2930 C.c.Q.). Il s'agit là d'une innovation majeure, notamment en matière de responsabilité municipale.

Ces différentes dispositions, majoritairement issues de la réforme, démontrent l'importance accrue de la classification du préjudice dans le droit de la responsabilité. Si les tribunaux ont généralement intérêt à invoquer explicitement la classification retenue par le législateur, cet exercice sera tout simplement indispensable dans les cas où le rattachement d'un chef de réclamation (perte de revenus, coût des soins, souffrances, inconvénients, etc.) à l'une ou l'autre des catégories entraîne l'application d'une règle particulière. De façon générale, cet effort de systématisation devrait se faire assez aisément. Il faut toutefois s'arrêter à certaines difficultés auxquelles les juristes pourraient être confrontés.

18. La question ne se limite alors pas à l'identification de ce qui constitue un préjudice corporel, puisqu'il faut également déterminer quelles sont les personnes qui peuvent s'en prétendre victimes. Sur le statut de la victime médiate d'une atteinte à l'intégrité corporelle, voir ci-dessous, partie III.B.

19. On pourrait certes prétendre que cette protection est toute relative, puisqu'on empêche du même coup la victime de faire la preuve d'un taux d'actualisation plus favorable que celui établi par règlement. Néanmoins, le législateur a probablement jugé - à tort ou à raison - que le bénéfice possible en faisant la preuve d'un taux d'actualisation plus favorable serait contrebalancé par le coût afférant à la présentation de cette preuve : *Commentaires du ministre de la Justice, supra*, note 15, p. 998-999 (sous l'art. 1614 C.c.Q.).

20. Cette disposition est complétée par les art. 26.1, 71.1, 469.1, 510.1 et 762 al. 2 par. b) C.p.c.

21. Dans tous les autres cas, le tribunal est limité à l'octroi d'une somme forfaitaire; seule une entente entre les parties peut permettre de faire échec au principe énoncé au premier alinéa de l'art. 1616 C.c.Q.

Les commentaires des légistes font état d'une volonté, dans le cadre de cette disposition, de protéger à la fois les intérêts du créancier mineur et ceux du débiteur : *Commentaires du ministre de la Justice, supra*, note 15, p. 1001 (sous l'art. 1609 C.c.Q.); voir aussi *Journal des débats, supra*, note 13, 9 oct. 1991, p. SCI-547-SCI-549.

III. Difficultés possibles en matière de classification du préjudice

On peut anticiper certaines difficultés dans l'application du mode de classification retenu par le législateur. Ainsi, il semble de mise de s'interroger sur les différences de traitement entre le préjudice corporel et le préjudice moral (A). De même, on peut soulever la question de la nature du préjudice subi par la victime médiate (ou «par ricochet») d'une atteinte à l'intégrité corporelle (B). Enfin, on ne saurait ignorer les problèmes liés à l'harmonisation des dispositions du Code avec la législation en vigueur (C).

A. Préjudice corporel et préjudice moral : double standard ou confusion des termes?

On conçoit aisément que le législateur n'ait pas cherché à accorder de protection particulière à la victime d'un préjudice matériel. Inversement, il est facile d'expliquer son souci d'assurer une telle protection à la victime d'un préjudice corporel, quand on connaît l'importance qu'accorde le législateur à la sauvegarde de l'intégrité de la personne.

Le statut du préjudice moral, dans cette optique, suscite certaines interrogations. Comment le législateur entrevoit-il cette forme de préjudice? La réponse est difficile à saisir, du moins si l'on en juge par la protection accordée à la victime d'un préjudice moral - plus étendue que celle octroyée à la victime d'un préjudice matériel, mais plus limitée que celle dont jouit la victime d'un préjudice corporel.

Une première position possible serait de soutenir que, pour le législateur, le préjudice corporel touche la personne de façon plus fondamentale que le préjudice moral. Mais comment, alors, expliquer que certaines dispositions accordent malgré tout la même protection pour les deux types de préjudice (art. 1474, 1609 C.c.Q.)? On pourrait soulever la possibilité que le législateur ait erronément étendu de telles formes de protection à la victime d'un préjudice moral²². En effet, il ne serait pas surprenant que le préjudice moral (désormais limité, dans le cadre de la classification tripartite, aux situations où le préjudice non pécuniaire survient indépendamment d'une atteinte à l'intégrité corporelle) soit, à l'occasion, confondu avec le préjudice corporel entendu dans sa dimension non pécuniaire²³. Ainsi, dans les commentaires des légistes, fait-on référence au préjudice *moral* en ce qui concerne le préjudice esthétique²⁴, un

22. Cette hypothèse pourrait être confirmée du fait que l'art. 1609 C.c.Q., dans sa version originale, se limitait au seul préjudice corporel, de la même façon que l'art. 1056b C.c.B.C. se limitait aux cas de blessures corporelles.

23. À ce sujet, voir les commentaires *supra*, note 17.

24. *Commentaires du ministre de la Justice, supra*, note 15, p. 993 (sous l'art. 1607 C.c.Q.).

chef de réclamation se rattachant plutôt à la catégorie du préjudice corporel. D'ailleurs, la difficulté de distinguer le préjudice corporel et le préjudice moral a été évoquée dans le cadre des travaux de la sous-commission des Institutions, lors de la discussion de l'amendement ayant pour but d'étendre le domaine de l'article 1609 C.c.Q. au préjudice moral²⁵.

Si l'on considère, au contraire, que le législateur conçoit le préjudice corporel et le préjudice moral comme méritant la même forme de protection, il faut alors trouver une justification aux règles s'appliquant uniquement à la victime d'un préjudice corporel. Cette explication vient plus aisément pour les articles consacrés à l'indemnisation du préjudice corporel (art. 1614 à 1616 C.c.Q.). En effet, le préjudice corporel (principalement dans sa dimension pécuniaire) est le plus susceptible de variations dans le futur, d'où l'importance de prévoir des mécanismes tels la détermination du taux d'actualisation ou la possibilité de réclamer des dommages-intérêts additionnels. Quant à la possibilité d'ordonner le paiement de dommages-intérêts sous forme de rente ou de versements périodiques, elle se justifie par les sommes élevées auxquelles le créancier victime d'un préjudice corporel peut avoir droit - sommes qui sont souvent largement supérieures à celles octroyées en réparation d'un préjudice moral. La seule disposition où il s'avère plus difficile de fournir une explication pratique de la différence de traitement est celle relative au délai de prescription minimal applicable à un recours en responsabilité (art. 2930 C.c.Q.). Pourquoi ne pas avoir fixé le délai minimal de trois ans pour le préjudice moral comme pour le préjudice corporel? Il pourrait certes s'agir d'un oubli. Néanmoins, le maintien du délai de prescription d'un an en cas d'atteinte à la réputation - recours destiné principalement, et souvent exclusivement, à la réparation du préjudice moral - pourrait démontrer que le législateur agissait alors en toute connaissance de cause.

De fait, l'élément le plus inquiétant n'est pas tant la différence de traitement entre le préjudice corporel et le préjudice moral, mais plutôt la confusion qui semble subsister chez certains juristes quant au domaine respectif de l'un et de l'autre. En ce sens, il est souhaitable que les autorités s'efforcent, à l'avenir, de donner l'heure juste à cet égard²⁶.

25. *Journal des débats*, *supra*, note 13, 9 oct. 1991, p. SCI-545.

26. Un arrêt récent de la Cour d'appel montre d'ailleurs des signes encourageants dans une optique de clarification. Dans *Gagnon c. Béchar*, [1993] R.J.Q. 2019 (C.A.), la Cour d'appel prend soin de distinguer le préjudice découlant de «lésions ou blessures corporelles» du préjudice moral. La Cour d'appel en vient à la conclusion que le préjudice allégué dans une affaire d'attouchements sexuels n'est pas nécessairement lié à des lésions ou blessures corporelles et, par conséquent, que la courte prescription de l'art. 2262 C.c.B.C. ne trouve pas application. Si ce résultat peut surprendre, il faut préciser qu'il s'agit en l'espèce d'une requête en irrecevabilité, et que l'arrêt se fonde exclusivement sur les faits allégués, lesquels ne font aucune mention d'atteintes d'ordre corporel.

S'il s'avère important en pratique de déterminer ce qui constitue un préjudice corporel (pour bien le distinguer du préjudice moral), il est tout aussi pertinent de s'interroger sur l'identité de la personne qui s'en dit victime. Ceci nous amène à traiter de la nature du préjudice subi par la victime médiate d'une atteinte à l'intégrité corporelle.

B. La victime médiate d'une atteinte à l'intégrité corporelle subit-elle un préjudice «corporel»?

Parmi les problèmes potentiels liés à la classification du préjudice, l'un des plus importants concerne la victime d'un préjudice «par ricochet» ou «réfléchi», c'est-à-dire la victime «médiate». Quelle est la nature du préjudice subi par cette personne, lorsque la victime immédiate subit un préjudice corporel²⁷? Doit-on qualifier le préjudice réfléchi de préjudice *corporel* (dans ses dimensions pécuniaire et non pécuniaire) ou de préjudice *matériel et moral*? Cette question se posera sans doute plus fréquemment dans l'avenir, en raison de la multiplication des dispositions dont l'application est réservée au préjudice corporel ou moral.

Ainsi, on peut se demander si le tiers peut bénéficier des dispositions particulières à l'indemnisation du préjudice corporel, notamment quant à l'établissement du taux d'actualisation et du droit de demander des dommages-intérêts supplémentaires (art. 1614 et 1615 C.c.Q.). De même, il devient pertinent de s'interroger sur l'applicabilité des clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité, dans les cas où la victime médiate se situe dans le cercle contractuel (art. 1474 C.c.Q.)²⁸. Enfin, la victime médiate ne saurait se prémunir contre un délai de prescription inférieur à trois ans ou l'imposition d'un avis préalable au même effet si le préjudice subi est uniquement considéré comme matériel et moral (art. 2930 C.c.Q. *a contrario*).

Ce problème de qualification n'était pas entièrement inconnu dans le droit antérieur. En effet, une question semblable s'est posée au sujet de l'article 2262 par. 2 C.c.B.C., lequel imposait un délai de prescription d'un an en matière de «lésions ou blessures corporelles». Les tribunaux avaient été amenés à

27. Un problème similaire se poserait pour la victime d'un préjudice corporel demandant réparation à une personne dont les agissements l'ont privée d'un recours utile contre l'auteur de l'atteinte à son intégrité corporelle - par exemple, un avocat ayant laissé filer la prescription. Ici, toutefois, l'identité de la victime demeure la même et c'est plutôt l'identité de l'auteur de l'atteinte (et du fondement du recours) qui varie. La solution retenue ne serait donc pas nécessairement la même.

28. Ce pourrait être le cas en présence d'un contrat intervenu à la fois avec la victime immédiate et la victime médiate, mais aussi dans les cas où la victime médiate bénéficie d'une stipulation pour autrui dans le cadre d'un contrat intervenu entre la victime immédiate et le cocontractant responsable du préjudice.

décider si la victime médiate était soumise au même délai de prescription que la victime immédiate, ou si elle bénéficiait du délai de deux ans de l'article 2261 C.c.B.C. en matière de délits et quasi-délits.

La réponse est venue dans l'arrêt *Regent Taxi*, rendu par le Conseil privé. Dans cette affaire, la victime médiate avait intenté son recours plus d'un an mais moins de deux ans après la survenance du préjudice à la victime immédiate. La Cour d'appel et la Cour suprême avaient approuvé les motifs du juge de première instance à l'effet que le recours de la victime médiate n'était pas prescrit puisqu'il ne s'agissait pas - pour reprendre l'article 2262 C.c.B.C. tel qu'il se lisait à l'époque - d'«injuries corporelles»²⁹. Le Conseil Privé en a jugé autrement. Trois arguments étaient avancés au soutien de cette position. Les deux premiers découlent de l'interprétation de l'article 2262 C.c.B.C. D'abord, Lord Russell of Killowen affirme que les mots «*for bodily injuries*» ne devaient pas être interprétés littéralement, puisqu'on ne réfère pas à un recours *pour préjudice corporel* mais plutôt *pour préjudice consécutif à une atteinte corporelle* («damages sustained from the wrongful infliction of bodily injuries»)³⁰. Reconnaisant que ce premier argument n'est pas à lui seul convaincant, il en ajoute un second : l'article 2242 C.c.B.C. fait référence à l'article 1056 C.c.B.C., disposition qui concerne manifestement le recours de victimes médiates³¹. Le dernier argument avancé par le Conseil privé repose principalement sur des considérations d'équité :

«Indeed, it would be strange if it were otherwise; for the result then would be [...] that in the case of a wrongful infliction of bodily injuries, the physical victim must sue within one year while third parties may take twice as long before asserting their claims. Their Lordships find it impossible to suggest any plausible reason why this should be so. *If any difference in the periods of limitation should be made between the two plaintiffs, they would have expected to find the respective positions reversed*»³². [Nos italiques.]

Doit-on considérer que la position exprimée dans *Regent Taxi* répond à la question de façon claire et définitive?

Cette solution ne va pas nécessairement de soi. En effet, à première vue, la logique commande que l'on associe le qualificatif de préjudice *corporel* à la

29. *Regent Taxi & Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie, dits Frères Maristes*, (1928) 46 B.R. 96, p. 97-98 et 108-109, conf. par [1929] R.C.S. 650, p. 673-674 et 710.

30. *Regent Taxi and Transport Co.c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, (1932) 53 B.R. 157 (P.C.), p. 163. Voir aussi Baudouin, *supra*, note 11, n° 1109.

31. *Ibid.*, p. 163.

32. *Ibid.*, p. 163-164.

personne victime de l'atteinte à l'intégrité corporelle, puisque c'est cette atteinte qui caractérise la catégorie du préjudice corporel. Or, si des tiers souffrent par la même occasion, ce n'est pas tant en raison de cette atteinte que du préjudice subi par la victime immédiate. D'ailleurs, en droit français -où le rattachement à l'une ou l'autre des catégories, il est vrai, emporte peu de conséquences - les auteurs qui adhèrent à la classification tripartite du préjudice ont généralement tendance à qualifier le préjudice subi par la victime médiate de préjudice *matériel* (perte du soutien financier provenant de la victime immédiate, dépenses encourues au bénéfice de la victime immédiate, etc.) et *moral* (perte de soutien affectif, perte de jouissance, etc.)³³.

En modifiant les enjeux du débat, la réforme nous amène du même coup à réévaluer la position adoptée par le Conseil privé. En effet, il ne faut pas oublier que la solution proposée dans *Regent Taxi* reposait en partie sur l'interprétation de dispositions aujourd'hui disparues. Quant à l'argument d'équité retenu dans cet arrêt - soit de chercher à éviter que la victime immédiate ne soit soumise à des règles plus sévères que celles applicables à la victime médiate - le problème ne se pose plus. En effet, si l'on considère les règles nouvelles abordées plus haut, force est de constater que le tiers ne pourrait désormais être traité de façon plus favorable que la victime immédiate du simple fait que l'on qualifie différemment le préjudice subi par l'une et l'autre des victimes³⁴. Pour reprendre la formule employée par Lord Russell of Killowen, les positions respectives sont inversées : si la qualification du préjudice peut désavantager une victime, ce ne saurait être la victime immédiate de l'atteinte à l'intégrité corporelle. Il est d'ailleurs surprenant que cette distinction n'ait pas été soulevée dans l'arrêt *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*³⁵, où la Cour d'appel a appliqué le raisonnement tiré de *Regent Taxi*³⁶. Dans cet arrêt, contrairement à d'autres affaires où la solution proposée par le Conseil privé a été appliquée à la même

33. Carbonnier, *supra*, note 2, n° 207; Malinvaud, *supra*, note 2, n° 212. Voir aussi Weill et Terré, *supra*, note 11, n°s 610-612. De façon générale, sur le recours de la victime médiate en matière d'atteinte à l'intégrité corporelle, voir D. Gardner, *L'évaluation du préjudice corporel*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, n°s 344 et s.; J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1969; M. Le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel*, 9^e éd., Paris, Litec, 1982, n°s 108 et s. Voir aussi Lambert-Faivre, *supra*, note 15.

34. Cette affirmation est vraie, à tout le moins, quant aux dispositions spécifiques à la nature du préjudice subi.

Si l'on envisage plutôt les conditions de la responsabilité, il pourrait arriver que le régime applicable à la victime médiate s'avère plus avantageux que celui auquel est soumise la victime, notamment en raison de l'interdiction de l'option de régime.

35. [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.), infirmé pour d'autres motifs par [1992] 1 R.C.S. 363.

36. *Ibid.*, p. 2626-2627.

disposition (art. 2262 C.c.B.C.)³⁷, l'article sous étude (art. 2260a C.c.B.C.) plaçait la victime médiate dans une position identique à celle de la victime immédiate³⁸.

Il est vrai néanmoins que le refus de qualifier de corporel le préjudice subi par la victime médiate serait de nature à désavantager cette dernière dans certaines circonstances. Doit-on, par souci d'équité, accorder à cette victime une protection aussi étendue que celle dont bénéficie la victime immédiate? L'hypothèse d'un traitement moins favorable n'est pas particulièrement choquante si le tiers n'entretient pas de liens étroits avec la victime immédiate - par exemple, l'employeur privé des services de son salarié. Il en va autrement des proches - conjoint ou parents - qui encourent des déboursés importants pour le mieux-être de la victime immédiate. Peut-être pourrait-on aller plus loin et considérer que la proximité requise pour donner droit à l'indemnisation du préjudice réfléchi suffit pour lier ce préjudice à l'atteinte corporelle³⁹. Dès lors, on serait tenté de suivre la voie tracée par le Conseil privé dans *Regent Taxi* et qualifier de corporel le préjudice subi par la victime médiate⁴⁰. Il serait néanmoins souhaitable que les tribunaux, quelle que soit la solution retenue, cherchent à articuler cette solution en considérant l'état du droit actuel, et qu'ils se gardent d'appliquer mécaniquement une solution élaborée dans un tout autre contexte.

37. *J. & A. Levasseur Construction Inc. c. Tremblay Express Ltée*, [1978] C.A. 249, p. 250-251; *Comtois Méconse c. Hooper*, [1987] R.R.A. 819, p. 827 (C.S.). Voir aussi *Hôpital Notre-Dame c. Patry*, [1975] 2 R.C.S. 388; *Centre hospitalier St-Vincent-de-Paul c. Côté*, [1981] C.S. 300.

38. Voir *contra*, *Centre hospitalier St-Vincent-de-Paul c. Côté*, *ibid.*, p. 302; *Comtois Méconse c. Hooper*, *ibid.*, p. 827. Dans ces deux décisions, le tribunal énonce que le délai de trois ans de l'art. 2260a C.c.B.C. est réservé au patient, mais soumet la victime médiate à la prescription annale de l'art. 2262 C.c.B.C. (lequel ne serait pas limité à la seule victime des lésions et blessures corporelles).

39. Le professeur Gardner souligne la tendance des tribunaux à considérer que le recours appartient alors à la victime immédiate qui, à son tour, indemnise le proche concerné : Gardner, *supra*, note 33, n° 356.

40. Le professeur Baudouin suggère implicitement une telle solution en affirmant que, suite à la disparition de l'art. 1056 C.c.B.C., les réclamations contractuelles en cas de décès seraient soumises aux règles propres au préjudice corporel : J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993, n° 776.

C. Classification tripartite et législation québécoise

Par une reconnaissance formelle de la classification tripartite du préjudice et, surtout, par les conséquences non négligeables qu'entraîne le rattachement d'un chef de réclamation à une catégorie particulière de préjudice, le législateur appelle une utilisation plus fréquente et systématique de cette classification. Il attend donc des tribunaux, chargés d'appliquer les règles de droit nouveau, une plus grande rigueur terminologique. C'est la même rigueur que l'on devrait attendre du législateur lui-même dans la désignation des catégories de préjudice. Pour en juger, il convient donc de se pencher sur la pratique législative en matière de désignation du préjudice.

Dans la législation québécoise, il arrive que certaines dispositions ne respectent pas le mode de classification du préjudice proposé par le Code civil. Ainsi, il faut regretter le défaut du législateur de modifier les articles faisant spécifiquement appel à la classification bipartite du préjudice. Le cas le plus flagrant est l'article 49 alinéa 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴¹, qui énonce qu'une atteinte «confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice *moral ou matériel* qui en résulte.» Une modification législative serait la bienvenue, afin de dissiper toute confusion sur l'étendue de la réparation octroyée en vertu de la *Charte*. De la même façon, le législateur utilise à l'occasion des expressions telles que le «dommage aux biens» plutôt que les expressions consacrées dans la classification tripartite⁴².

Bien entendu, il se trouve certaines situations où une appellation particulière du préjudice est justifiée par l'objet de la loi. Ainsi, dans le cadre de la *Loi sur l'assurance automobile*⁴³, le législateur donne une portée différente aux expressions «dommage corporel»⁴⁴ et «dommage matériel»⁴⁵. Il fait de même dans le cadre de la *Loi sur la protection de la santé publique* au sujet du «dommage corporel»⁴⁶. Une telle dérogation n'est pas répréhensible, à tout le moins lorsque le législateur prend la peine de recourir à une définition pour exprimer sa conception particulière de l'une ou l'autre des catégories de préjudice.

41. L.R.Q. c. C-12.

42. Par exemple, *Loi sur l'aide et l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.Q. 1993, c. 54, art. 9 (2°).

43. L.R.Q. c. A-25.

44. *Ibid.*, art. 2, «préjudice corporel». Le législateur donne alors un sens quelque peu élargi au préjudice corporel, puisqu'il y inclut les «dommages aux vêtements que porte la victime».

45. *Ibid.*, art. 24.1, al. 1.

46. L.R.Q. c. P-35, art. 16.1 b) : «dommage *permanent grave*, physique ou mental, incluant le décès». [Nos italiques.]

Par ailleurs, on ne peut nier l'incidence de certaines dispositions législatives lorsqu'il s'agit de définir chacune des catégories de préjudice comprises dans la classification tripartite. L'exemple le plus frappant est certes la définition du préjudice corporel. En effet, dans de nombreuses dispositions, le législateur précise que ce préjudice inclut non seulement les atteintes à l'intégrité *physique*, mais également à l'intégrité *psychique*⁴⁷. Pour le législateur, le préjudice corporel devrait désormais se concevoir comme toute atteinte au droit à l'inviolabilité de la personne, considéré de façon globale, sans se limiter aux aspects strictement physiologiques. Dans cette optique, le préjudice psychique s'intégrerait à la catégorie du préjudice corporel - plutôt que de former une catégorie distincte de préjudice⁴⁸ - et, il faut en convenir, rendrait plus complexe encore la distinction entre le préjudice corporel et le préjudice moral.

Conclusion

De nombreuses critiques ont été adressées au législateur eu égard à la rédaction du nouveau code civil. Pourtant, il ne faudrait pas perdre de vue les efforts considérables faits par le législateur en vue d'améliorer la terminologie juridique. Par exemple, l'utilisation du terme «préjudice», de préférence à celui de «dommage», marque mieux la distinction entre les conditions et les effets de la responsabilité⁴⁹.

De la même façon, la reconnaissance formelle de la classification tripartite constitue un effort louable en ce sens. S'il est vrai que certaines clarifications s'imposent encore - tant de la part des tribunaux que du législateur -, il s'agit tout au plus de retouches destinées à mettre en valeur le travail accompli.

47. *Loi sur l'aide et l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, *supra*, note 42, art. 9 (1°); *Loi visant à favoriser le civisme*, L.R.Q. c. C-20, art. 1 d), mod. par la *Loi sur l'aide et l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, *ibid.*, art. 197 (3°); *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q. c. A-3.001, art. 83; *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q. c. A-25, art. 2. Voir aussi la *Loi sur la protection de la santé publique*, *ibid.*, art. 16.1 b).

48. En ce sens, il est regrettable que le législateur mentionne le «préjudice corporel ou psychique», dans le contexte de la *Loi sur l'aide et l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, *ibid.*, art. 9 (1°).

49. Le législateur utilise désormais le mot «préjudice», de préférence à «dommage», pour désigner l'une des conditions du droit à réparation. Ce faisant, il évite que le mot «dommage» soit confondu avec l'expression «dommages-intérêts» (dont il est un diminutif dans le langage courant), lesquels constituent plutôt un effet de la responsabilité, c'est-à-dire un moyen de réparer le préjudice subi par la victime. Sur les différents sens possibles du mot «dommage(s)», voir *Dictionnaire de droit privé*, *supra*, note 2, v° «dommage», sp. rem. 4°.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PROPRIÉTÉ INDIVISE DU CODE CIVIL DU QUÉBEC : QUELQUES
CONSIDÉRATIONS FISCALES

Auteur(s) : Luce SAMOISSETTE

Revue : RDUS, 1993-1994, volume 24, numéro 1

Pages : 185-197

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13366>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13366>

Page vide laissée intentionnellement.

LA PROPRIÉTÉ INDIVISE DU CODE CIVIL DU QUÉBEC : QUELQUES CONSIDÉRATIONS FISCALES

par Luce SAMOISSETTE*

En 1991, le législateur fédéral a modifié la Loi de l'impôt sur le revenu en y ajoutant des paragraphes spécifiques relatifs aux conséquences fiscales qu'entraînent le partage d'un bien détenu en indivision. Ces règles ne concernent que l'impôt sur le revenu et ne peuvent donc pas être appliquées à d'autres législations de nature fiscale, telles les taxes à la consommation. À défaut de règles spécifiques, les conséquences fiscales d'un partage en vertu de ces lois sont déterminées par le droit interne de chaque province; ce qui ne concorde pas nécessairement avec les règles retenues par le législateur fédéral aux fins de l'impôt sur le revenu. Quelles sont ces conséquences fiscales et peuvent-elles influencer l'issue d'un partage? Afin de répondre à ces questions, l'auteure explicite d'abord les règles contenues dans la Loi de l'impôt sur le revenu puis examine les conséquences fiscales d'un partage soumis à la Loi sur la taxe d'accise et à la Loi concernant les droits sur les mutations immobilières.

In 1991, Parliament amended the Income Tax Act by adding specific rules pertaining to the partition of undivided property. Since these rules apply only to the Income Tax Act, the fiscal consequences of a partition of undivided property under other tax legislation, such as sales taxes, are determined by provincial laws which do not necessarily coincide with the rules enacted for income tax purposes. What are the tax consequences of a partition of undivided property under the Income Tax Act and other tax laws? Could these consequences influence the outcome of a partition? In order to answer these questions, the writer explains the rules contained in the Income Tax Act. She also examines the fiscal consequences of a partition in light of the Excise Tax Act and the Act Respecting Duties on Transfers of Immoveables.

*. Notaire et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

Introduction	187
I.- Loi de l'impôt sur le revenu	189
A) Situation fiscale antérieure au 13 juillet 1990	189
B) Situation depuis le 13 juillet 1990	190
C) Situation depuis le 1er janvier 1994	193
II.- Autres lois de nature fiscale	193
A) <i>Loi concernant les droits sur les mutations immobilières</i>	193
B) <i>Loi sur la taxe d'accise (partie IX - taxe sur les produits et services)</i>	196
III.- Certaines dispositions du régime légal d'indivision à éviter	197
A) Le droit de retrait de l'article 1022 <i>C.c.Q.</i>	197
B) La cessation de l'indivision (partage, art. 1033 <i>C.c.Q.</i>)	198
Conclusion	198

Introduction

Avant le 1^{er} janvier 1994, la copropriété par indivision n'avait pas, au plan civil, de cadre légal organisé¹. En réalité, le législateur considérait la copropriété par indivision comme un droit de propriété affaibli car partagé; en conséquence, il s'était contenté d'édicter une règle d'ordre public² permettant aux parties d'y mettre fin facilement³. La copropriété par indivision étant une situation temporaire, tout indivisaire devait en effet avoir la certitude de pouvoir mettre fin à cet état dès qu'il le jugeait préférable à son entière discrétion. Une auteure présente ainsi l'état du droit antérieur :

«On peut aussi expliquer ces limitations [à l'indivision] lorsqu'on constate que les codificateurs n'ont prévu cette situation que dans un cadre restreint, principalement dans le cadre des successions. Il est alors compréhensible qu'ils n'aient pas voulu adopter une attitude trop interventionniste là où les membres d'une même famille auraient pu en venir à une entente entre eux pour conserver en commun des biens familiaux pour le temps qui leur convenait. En ce sens, les codificateurs ont fait confiance à la capacité des indivisaires de régler entre eux l'indivision lorsqu'il y avait consensus pour la prolonger. Les règles qu'ils ont prévues visent donc principalement à protéger la volonté de ceux des indivisaires qui ne voudraient pas prolonger une situation qu'ils n'ont pas recherchée. L'indivision est alors perçue comme une situation transitoire.⁴»

Cette conception de l'indivision ne reflétait cependant plus la réalité. Pour des raisons économiques⁵, l'indivision était devenue un mode de détention des biens de plus en plus populaire. Le législateur se devait donc de reconnaître l'indivision volontaire comme un mode de détention de biens pouvant s'étendre sur une longue période⁶. Une intervention de sa part était souhaitée et

-
1. Serge BINETTE, « De la propriété indivise et divise suivant le nouveau Code civil du Québec » dans *La Réforme du Code civil*, vol.1, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 592.
 2. Outre le cas des successions, art. 746 et ss. *Code civil du Bas Canada* (ci-après appelé *C.c.B.C.*).
 3. L'article 689 *C.c.B.C.* stipulait que : «Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision; le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibition et convention contraires.»
 4. Marie DESCHAMPS, «Vers une approche renouvelée de l'indivision», (1983-84) 29 *R.D. Mc Gill* 215, p. 234.
 5. La copropriété indivise permet de refléter la réalité économique vécue par les indivisaires qui, sans l'existence de ce mode de propriété, n'auraient pas eu les moyens d'acquérir une propriété.
 6. À titre d'exemples, les conjoints québécois, mariés ou non, acquièrent de plus en plus fréquemment la résidence familiale et les meubles qui la garnissent en indivision. Il peut en être de même pour l'acquisition d'immeubles à revenus ou d'entreprises. À ce sujet, Marie Deschamps écrivait en 1984 : «Les juristes québécois semblent avoir pris conscience de

souhaitable⁷ afin d'assurer la protection des indivisaires et des tiers. À ce sujet, le professeur Binette écrivait :

«L'expérience prouve qu'il y a des indivisions qui durent à partir d'une décision expresse et éclairée, soit d'un consentement tacite. Mais vu l'inorganisation en ce domaine, les indivisaires se trouvent toujours devant des obstacles majeurs.⁸»

Au plan fiscal, ce n'est qu'en 1990⁹ que le législateur fédéral a édicté des règles spécifiques relatives aux partages. Ce faisant, il a volontairement choisi d'ignorer le droit interne des provinces pour établir sa propre vision d'un partage. Les mêmes règles ont été retenues par le législateur provincial¹⁰. Cependant, ces nouvelles règles ne concernent que l'impôt sur le revenu; elles ne s'appliquent donc pas aux autres législations fiscales telles les taxes à la consommation, les mutations immobilières, etc. À défaut de règles spécifiques, l'impact fiscal d'un partage en vertu de ces lois sera déterminé par les nouvelles dispositions civiles entrées en vigueur le 1er janvier 1994; ces dispositions, nous le verrons, ne concordent pas toujours avec les règles établies dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Afin de bien comprendre cette problématique, nous diviserons notre texte en trois parties. Dans la première partie, nous expliciterons les règles fiscales applicables lors d'un partage, tant celles applicables avant le 13 juillet 1990 qu'après. Ensuite, nous examinerons l'impact de deux lois de nature fiscale sur les partages, la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*¹¹ et la *Loi sur la taxe d'accise*¹². Enfin, nous présenterons les conséquences fiscales entraînées par la mise en vigueur des dispositions relatives à l'indivision du *Code civil du Québec*¹³. Il nous sera possible, au terme de notre étude, de démontrer l'impact important de la fiscalité en ce domaine, et l'influence que

l'évolution des mentalités et des changements dans la situation économique. Les dispositions du *Projet de Code civil* et du *Projet 58* en sont la marque.» *supra*, note 4, p. 256.

7. Afin de pallier au manque de règles en cette matière, la Chambre des Notaires du Québec proposait, dans ses formulaires, des conventions d'indivision régissant les droits et les obligations des indivisaires durant et à la fin de l'indivision. Voir R.D. - BIENS - Formulaire - Document 2.

8. *Supra*, note 1.

9. Paragr. 248 (20) ajouté par L.C. 1991, chap. 49, art. 192 (18) applicable aux partages effectués après le 13 juillet 1990. Le paragraphe 248 (20) *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148 modifiée par S.C. 1970-71-72 C- 63, (ci-après appelée L.I.R.) est reproduit en annexe.

10. Articles 2.1.1 et 2.1.2, *Loi sur les Impôts*, L.R.Q., c. I-3.

11. L.R.Q., c. D-15.1.

12. L.C. 1990, c. 45, telle qu'amendée, (Partie IX - TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES), ci-après appelée *L.T.A. ou T.P.S.*

13. Arts 1012 à 1037 *C.c.Q.*

celle-ci peut avoir dans certaines circonstances sur la rédaction des conventions d'indivision¹⁴.

I.- Loi de l'impôt sur le revenu

A) Situation fiscale antérieure au 13 juillet 1990¹⁵

Jusqu'en juillet 1990, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne contenait pas de règles spécifiques au partage d'un bien détenu en indivision. L'impact fiscal d'un partage entre indivisaires était donc dépendant des règles civiles qui le régissaient. Ainsi, si le droit d'une province considérait le partage comme translatif de propriété, il y avait disposition de biens¹⁶ aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et les indivisaires devaient, le cas échéant, inclure le gain en capital imposable dans le calcul de leur revenu. À l'inverse, si le droit provincial décrétait qu'un partage était plutôt déclaratif du droit de propriété, il n'y avait aucun transfert au sens «civil» et, par conséquent, aucune disposition au plan fiscal. À cette époque, au Québec, un partage était déclaratif du droit de propriété. Suite au partage, chacun des indivisaires était donc considéré avoir toujours été propriétaire de la partie du bien reçu depuis la date d'acquisition¹⁷ de sa part indivise.

En pratique, cette situation pouvait créer des abus. Prenons un exemple : Louis et Philippe sont copropriétaires indivis, en parts égales, de deux biens. Le bien «A» a une valeur marchande de 40 000.\$, alors que le bien «B» a une valeur marchande de 60 000.\$. Chacun des biens avait été acquis pour la somme de 20 000.\$. Louis et Philippe procèdent au partage des biens qu'ils détiennent en indivision en établissant que Philippe est maintenant seul propriétaire du bien «A» et que Louis est seul propriétaire du bien «B». Dans cet exemple, Louis aurait compensé Philippe en argent, soit par le paiement d'une soulte au montant de 10 000.\$. Un tel partage n'engendrait aucune conséquence fiscale pour l'un ou l'autre des indivisaires et ce, bien que Philippe ait reçu, en plus du bien «A», une somme de 10 000.\$ en paiement de sa part indivise. C'est pour pallier à de pareilles lacunes que le législateur a adopté des règles fiscales en la matière.

14. Nous ne discuterons pas de partage successoral ou de partage entre conjoints puisque d'autres dispositions particulières de la *L.I.R.* les régissent, 248 (22) et (23) *L.I.R.*

15. Notre étude traite uniquement de l'impact fiscal occasionné par le partage d'un bien en immobilisation au sens de l'article 54 *L.I.R.*

16. Art. 54 *L.I.R.*

17. Denys-Claude LAMONTAGNE, «Étude des principaux cas de transfert et d'exonération aux termes de la Loi autorisant les municipalités à percevoir un droit sur les mutations immobilières», (1988) 90 *R. du N.* 501, p. 506. Voir également *supra*, note 4, pp. 224 et 247.

B) Situation depuis le 13 juillet 1990

En 1991¹⁸, le législateur fédéral a ajouté à la *Loi de l'impôt sur le revenu* les paragraphes qui élaborent les règles fiscales applicables lors d'un partage entre indivisaires. Ces dispositions uniformisent les conséquences d'un partage à travers tout le Canada et surtout éliminent certains abus. Depuis le 13 juillet 1990, le partage d'un bien détenu en indivision n'entraînera aucune conséquence fiscale si la valeur de la partie du bien reçue suite au partage est égale à la valeur de la part indivise dans ce même bien de l'indivisaire avant le partage. En conséquence, une diminution de valeur entraînera une disposition réputée et une augmentation de valeur, une acquisition réputée. Illustrons ces nouvelles règles à l'aide d'exemples.

EXEMPLE 1 : André et Bernard sont copropriétaires indivis d'un terrain (bien en immobilisation) acquis en 1985 au prix de 20 000\$. Ce terrain vaut aujourd'hui 42 000\$. En 1994, André et Bernard mettent fin à l'indivision en se partageant également le terrain. Dans cet exemple, le paragraphe 248 (20) *L.I.R.* stipule qu'il n'y a pas de disposition puisque chaque indivisaire détient maintenant en pleine propriété une moitié du terrain dont la valeur correspond à la valeur de sa part indivise dans le bien **avant** le partage.

EXEMPLE 2 : Reprenons maintenant le même exemple en modifiant cependant le partage. Suite au partage, André se retrouve seul propriétaire du terrain. Bernard, quant à lui, reçoit 21 000\$ soit la valeur de sa demie indivise. En vertu du paragraphe 248 (20) *L.I.R.*, Bernard est réputé avoir disposé de sa part indivise dans le terrain¹⁹ pour une somme de 21 000\$. Bernard réalise donc un gain en capital de 11 000\$. Les trois quarts de ce gain seront ajoutés à son revenu de l'année. Les conséquences fiscales pour André sont les suivantes : André est réputé : a) avoir acquis la part indivise de Bernard à un montant équivalent à la juste valeur marchande de cette part immédiatement avant le transfert²⁰ et b) ne pas avoir disposé de la part indivise qu'il possédait dans le terrain immédiatement avant le transfert²¹. Le partage n'occasionne aucun impact fiscal immédiat pour

18. Les paragraphes relatifs aux conséquences fiscales des partages ont été adoptés en 1991 et sont applicables aux partages effectués après le 13 juillet 1990. *Supra*, note 9.

19. Parce que Bernard ne détient pas au moins un droit de propriété correspondant à la valeur de sa part indivise **avant** le partage.

20. Parce que la proportion de son droit de propriété dans le bien détenu en indivision a augmenté suite au partage.

21. Parce que la proportion de son droit de propriété dans le bien n'a pas diminué suite au partage.

André qui ajoute la valeur marchande de la part indivise appartenant à Bernard au prix de base rajusté de sa propre demie indivise, de sorte que le prix de base rajusté pour la totalité du terrain devient donc de 31 000.\$²².

EXEMPLE 3 : André et Bernard sont propriétaires indivis des terrains 24 et 55 d'une valeur de 20 000.\$ chacun. Ils ont été acquis en 1987 au prix de 2 000.\$ chacun. Suite au partage, André reçoit le terrain 24 et Bernard le terrain 55. En vertu du paragraphe 248 (20) *L.I.R.*, André est réputé avoir disposé à la juste valeur marchande de ses droits dans le terrain 55 et avoir acquis à la juste valeur marchande les droits de Bernard dans le terrain 24. En conséquence, il réalise un gain en capital de 9 000.\$ sur la disposition réputée de sa part du terrain 55 et le prix de base rajusté de la totalité du terrain 24 qu'il a conservé est de 11 000.\$. Les conséquences fiscales pour Bernard sont les mêmes relativement au terrain 24; il réalise un gain en capital de 9 000.\$ sur la disposition réputée de sa part du terrain 24 et le prix de base rajusté du terrain 55 est fixé à 11 000\$.

Dans ce dernier exemple, chacun des indivisaires doit payer immédiatement les impôts rattachés à la plus-value du bien «partagé» qu'il ne possède plus, alors que dans l'exemple 1, aucun impact fiscal ne résulte du partage. Comme nous pouvons le constater, deux partages **en nature** de biens détenus en indivision n'engendrent pas nécessairement le même impact fiscal. Cette différence peut s'expliquer du fait que l'un des indivisaires reçoit en paiement un bien autre qu'une partie du bien détenu en indivision et qu'il ne s'agit donc pas dans les faits d'un partage en nature du **seul** bien détenu en indivision.

Les règles fiscales spécifiques aux partages diffèrent donc des règles civiles. En effet, même si, au plan civil, un partage était déclaratif de propriété, des conséquences fiscales pouvaient quand même en résulter selon l'issue du partage intervenu. Qu'en est-il depuis l'adoption du *Code civil du Québec*?

C) Situation depuis le 1er janvier 1994

L'alinéa 3 de l'article 1037 *C.c.Q.* stipule qu'un partage, autre que successoral, est attributif du droit de propriété. Cette nouvelle règle ne change en rien les conséquences fiscales étudiées ci-dessus. En effet, le paragraphe 248(20) *L.I.R.* s'applique à tous les partages qu'ils soient déclaratifs ou translatifs

22. Si André revend le terrain à une tierce personne pour la somme de 42 000.\$, il réalisera un gain en capital de 11 000.\$, soit 42 000.\$ - 31 000.\$.

du droit de propriété²³. L'impact fiscal est toujours déterminé par le partage intervenu peu importe les règles civiles. Peut-on appliquer les mêmes présomptions aux autres législations fiscales?

II.- Autres lois de nature fiscale

A) *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*²⁴

L'article 2 de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* stipule que :

«Toute municipalité doit percevoir un droit sur le transfert de tout immeuble situé sur son territoire, calculé en fonction de la contrepartie de ce transfert, selon les taux suivants :...»

Un partage d'un immeuble détenu en indivision est-il assujéti à cette loi? La réponse dépendra de l'interprétation du mot «transfert» contenu à l'article 2 mentionné ci-dessus²⁵. Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, certains auteurs étaient d'avis que le partage d'un bien détenu en indivision ne constituait pas un «transfert» au sens de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*. Cette conclusion reposait sur le fait qu'un partage était déclaratif, et non translatif²⁶, du droit de propriété. Conséquemment, ces auteurs soutenaient qu'un partage n'était pas assujéti à cette loi. Cette interprétation peut-elle être maintenue depuis le 1er janvier 1994?

Le *Code civil du Québec* stipule que le partage est maintenant «attributif» du droit de propriété. Le législateur n'utilise pas le terme «translatif» du droit de propriété ce qui aurait eu l'avantage de déterminer clairement qu'un partage effectué depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* serait assujéti aux droits de mutation. Comment le mot «attributif» doit-il être interprété?

À notre avis, lorsqu'un bien détenu en indivision est partagé en nature entre les indivisaires et que leur part respective dans le bien après le partage correspond à la valeur de leur part indivise dans ce même bien, il n'y a pas de

23. Voir le paragraphe introductif de 248 (20) *L.I.R.*

24. *Supra*, note 11.

25. Le mot «transfert» est défini à l'article 1 de la loi : « «transfert» : le transfert du droit de propriété d'un immeuble ainsi que le contrat de louage d'un immeuble, pourvu que la période qui court à compter de la date du transfert jusqu'à celle de l'arrivée du terme du contrat de louage, y compris toute prolongation ou tout renouvellement y mentionné, excède 40 ans; le mot transfert ne comprend pas le transfert fait dans le seul but de garantir le paiement d'une dette ni la rétrocession faite par le créancier.»

26. D.-C. LAMONTAGNE, *supra*, note 17.

transfert de propriété. Dans les faits, les indivisaires ont «borné ou cristallisé» leur droit de propriété sur une portion précise du bien sans rien ajouter ou soustraire. Dans une telle situation, le terme «attributif» ne serait pas synonyme de «translatif» du droit de propriété. Il faut également conclure de cette interprétation que toute augmentation ou diminution de valeur entraînera un transfert au sens de la loi. En effet, dans ce dernier cas, les indivisaires ont modifié la «portion» de leur droit de propriété dans le bien suite au partage. L'avantage de cette interprétation au niveau fiscal est qu'un partage qui serait considéré comme un transfert en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* serait également un transfert selon la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*; il y aura donc taxation dans les mêmes circonstances.

À l'inverse, si le mot «attributif» est interprété par les tribunaux comme translatif du droit de propriété dans **tous** les cas de partages²⁷, une municipalité serait en droit d'exiger des droits de mutation et ce, **peu importe** l'issue du partage. Nul doute que ce résultat causera beaucoup de tracas aux praticiens. Illustrons cette problématique en reprenant les trois exemples de partage vus précédemment :

EXEMPLE 1 : André et Bernard sont copropriétaires indivis d'un terrain acquis en 1985 au prix de 20 000\$. Ce terrain vaut aujourd'hui 42 000\$. En 1994, André et Bernard mettent fin à l'indivision en se partageant également le terrain. André devra payer des droits de mutation sur une contrepartie égale à 21 000\$ et Bernard devra en faire de même puisque dans les deux cas, il y a eu «transfert» d'une demie indivise au sens de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* bien qu'il n'y ait pas de disposition réputée au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*²⁸

EXEMPLE 2 : Suite au partage, André se retrouve seul propriétaire du terrain. Bernard, quant à lui, reçoit la valeur de sa demie indivise, 21 000\$. André devra payer des droits de mutation sur une contrepartie égale à 21 000\$ (soit sur la valeur de son acquisition). Bernard, quant à lui, n'a pas de droits de mutation à payer puisqu'il n'acquiert aucun immeuble. Il doit cependant inclure le gain en capital réalisé suite au partage, alors qu'André ne réalise aucun gain en capital

27. Au soutien de cette interprétation, on pourrait prétendre que dès qu'il y a un partage entre deux indivisaires, les deux parties disposent de leurs droits indivis et que ces droits deviennent un droit de propriété «entier» pour chacun des ex-indivisaires. De plus, le fait qu'un partage autre que successoral n'a plus d'effet rétroactif depuis le 1^{er} janvier 1994 est un autre argument en faveur de l'interprétation qu'un partage constitue un transfert. *Supra*, note 1, p. 606.

28. *Ibid.*, p. 4.

immédiat puisqu'il n'y a pas eu disposition au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

EXEMPLE 3 : André et Bernard sont propriétaires indivis des terrains 24 et 55 d'une valeur de 20 000.\$ chacun. Ils ont été acquis en 1987 au prix de 2 000.\$ chacun. Suite au partage, André reçoit le terrain 24 et Bernard le terrain 55. André doit payer des droits de mutation sur une contrepartie égale à 10 000.\$ pour l'acquisition de la moitié indivise du terrain 24. Bernard devra faire de même pour l'acquisition de la moitié indivise du terrain 55. Dans ce dernier exemple, l'impôt sur le revenu et les droits de mutation s'appliquent aux deux individus.

B) *Loi sur la taxe d'accise (partie IX - taxe sur les produits et services)*²⁹

Tout «acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Canada doit payer à Sa Majesté du chef du Canada une taxe égale à 7% de la valeur de la contrepartie de la **fourniture**»³⁰. Un partage constitue-t-il une fourniture au sens de la loi? Le paragraphe 123 (1) définit le mot «fourniture» de la façon suivante :

«Sous réserve des articles 133 et 134, livraison de biens ou prestation de services, notamment par vente, transfert, troc, échange, louage, licence, donation ou aliénation.»

À la lumière de cette définition, il faut également s'interroger sur les effets du partage (y a-t-il transfert ou non?). Cette question a été soulevée en 1991 lors d'une table ronde portant sur la T.P.S. et la T.V.Q. À cette époque, les représentants du ministère du Revenu du Canada étaient d'avis qu'un partage en droit québécois ne constituait pas une «fourniture de biens au sens de la loi en raison de son effet déclaratif»³¹ et qu'en conséquence le ministère ne taxerait pas une telle transaction. Cette interprétation du ministère doit-elle être mise de côté depuis le 1^{er} janvier 1994? Comme nous pouvons le constater, la question relative à l'interprétation du mot «attributif» se pose encore une fois³². À notre avis, il doit être interprété selon les mêmes principes établis précédemment relativement à la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*.

29. *Supra*, note 12.

30. Par. 165 (1) *L.T.A.*

31. Table ronde sur la T.P.S. / T.V.Q., APFF, Congrès 91,1472, à la page 1497. Me Michel Turcot et Me Richard Chagnon sont également de cet avis. Voir Michel TURCOT et Richard CHAGNON, «L'impact des dispositions particulières de la T.P.S. et de la T.V.Q. sur la pratique notariale», R.D. - Fiscalité - Doctrine - Document 2 - p. 57

32. Voir TURCOT et CHAGNON, *ibid.*, p. 7.

Cependant, tant que le traitement fiscal d'un partage ne sera pas clairement établi, il faudrait, à titre de règle de prudence, considérer que depuis le 1^{er} janvier 1994, tout partage constitue un transfert au sens du paragraphe 123(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* et qu'il est donc assujéti à la *T.P.S.*

L'étude de ces lois nous permet de conclure que tous les aspects fiscaux d'un partage doivent être envisagés avant de déterminer les parts de chacun des indivisaires³³; ce qui inclut les incidences de toutes lois fiscales susceptibles de s'appliquer. Cependant, le partage n'est pas le seul élément de l'indivision qui vaut la peine d'être considéré. Certaines dispositions du système légal d'indivision soulèvent d'autres problèmes d'ordre fiscal et pratique. Examinons brièvement ces dispositions.

III.- Certaines dispositions du régime légal d'indivision à éviter

A) Le droit de retrait de l'article 1022 C.c.Q.

Ce droit de retrait permet à un indivisaire de racheter la part qu'une tierce personne étrangère à l'indivision aurait acquise à titre onéreux en lui remboursant le prix de la cession et les frais qu'elle a acquittés. Ce droit de retrait comporte, à notre avis, les désavantages suivants:

- i) s'il s'agit d'un immeuble, les droits de mutation seront exigibles lors des deux transactions; soit la vente de la part indivise et le retrait;
- ii) s'il s'agit d'une fourniture taxable au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*, la *T.P.S.* serait exigible lors des deux cessions³⁴;
- iii) le dédoublement des honoraires professionnels et, en matière immobilière, le dédoublement des frais de publication;

Le droit de retrait soulève aussi d'autres questions importantes : quels sont les frais acquittés par la tierce partie qui seront remboursés par l'indivisaire se prévalant du droit de retrait? Doit-on inclure les honoraires professionnels, les frais de publication, les droits de mutation, la *T.P.S.* lorsqu'elle n'est pas remboursable à titre de crédit sur intrants etc.?

33. Nous avons choisi de restreindre l'étude de l'impact fiscal d'un partage aux deux législations ci-dessus étudiées puisque l'étude d'autres lois à caractère fiscal nous mènerait à des conclusions semblables. Par exemple, voir la *Loi concernant les droits sur les transferts de terrains*, L.R.Q., c. D-17, la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.Q. 1991, c. 67.

34. Cet inconvénient pourrait cependant être éliminé dans les cas où le ou les cessionnaires pourrai(en)t réclamer un crédit de taxe sur intrants pour ces transactions, voir arts 169 et 170 L.T.A.

Pour toutes ces raisons, il serait préférable d'inclure à toute convention d'indivision un droit de préemption³⁵ et ainsi mettre de côté le système légal d'indivision sur ce point.

B) La cessation de l'indivision (partage, art. 1033 C.c.Q.)

L'article 1033 C.c.Q. stipule que l'indivisaire qui s'objecte au maintien de l'indivision peut être désintéressé par les autres indivisaires soit en nature, soit en numéraire. Comme nous l'avons vu précédemment, un partage en nature n'aura pas nécessairement le même impact fiscal qu'un partage en numéraire. Dans certains cas, un indivisaire pourrait être avantagé au détriment des autres. Afin d'éviter une telle situation³⁶, il faudrait inclure à la convention d'indivision les modalités du partage à intervenir et déterminer immédiatement quel en serait l'impact fiscal. La convention mettrait donc de côté les dispositions des articles 1031 et 1033 C.c.Q. et aurait l'avantage d'accélérer le processus de partage.

Conclusion

L'ajout au *Code civil du Québec* d'un chapitre traitant spécifiquement de la copropriété par indivision a permis de combler un vide législatif. Bien que cette intervention législative ait été indispensable, nul ne peut ignorer l'impact des lois fiscales tant sur le régime légal de l'indivision que sur les copropriétés par indivision conventionnelles. Cet impact est d'autant plus important à considérer lorsque le traitement réservé aux partages diffère d'une loi fiscale à l'autre. En effet, comment justifier qu'un même partage ne soit pas imposable en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* mais qu'il le soit au sens de la *Loi sur la taxe d'accise* ou de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*? Cette étude permet de constater que bien qu'il soit impossible d'uniformiser complètement les législations de natures civile et fiscale, il serait important que le législateur harmonise à tout le moins les législations de nature fiscale.

35. L'article 1022 C.c.Q. prévoit expressément cette possibilité.
36. Étant donné l'impact fiscal potentiel vu ci-dessus.

248 (20) L.I.R.

Partage de biens. Sous réserve des paragraphes (21) à (23) et pour l'application de la présente loi, dans le cas où un bien qui est la propriété conjointe de plusieurs personnes fait l'objet d'un partage à un moment donné, les règles suivantes s'appliquent malgré les effets rétroactifs ou déclaratoires d'un tel partage :

- a)* chacune de ces personnes qui avait un droit sur le bien immédiatement avant ce moment est réputée ne pas avoir disposé, à ce moment, de la fraction du droit, ne dépassant pas un, représentée par le rapport entre la juste valeur marchande du droit immédiatement après ce moment et sa juste valeur marchande immédiatement avant;
- b)* chacune de ces personnes qui a un droit sur le bien immédiatement après ce moment est réputée ne pas avoir acquis, à ce moment, la fraction du droit représentée par le rapport entre la juste valeur marchande du droit immédiatement avant ce moment et sa juste valeur marchande immédiatement après;
- c)* chacune de ces personnes qui avait un droit sur le bien immédiatement avant ce moment est réputée avoir eu, jusqu'à ce moment, la fraction du droit à laquelle l'alinéa *a)* ne s'applique pas et en avoir disposé à ce moment;
- d)* chacune de ces personnes qui a un droit sur le bien immédiatement après ce moment est réputée ne pas avoir eu, avant ce moment, la fraction du droit à laquelle l'alinéa *b)* ne s'applique pas et l'avoir acquis à ce moment;
- e)* les alinéas *a)* à *d)* ne s'appliquent pas s'il s'agit d'un droit sur un bien corporel fongible figurant à l'inventaire de la personne.

Pour l'application du présent paragraphe, la juste valeur marchande, à un moment donné, d'un droit sur le bien qui est un droit indivis est réputée égale au produit de la juste valeur marchande du bien à ce moment par le rapport entre ce droit et tous les droits indivis dans le bien.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES TEXTILES ET LES VÊTEMENTS AU CANADA : UN SECTEUR EN
VOIE DE MUTATION SUITE AUX RÉSULTATS DE L'URUGUAY ROUND

Auteur(s) : Sophie DUFOUR

Revue : RDUS, 1993-1994, volume 24, numéro 1

Pages : 201-215

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13367>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13367>

Page vide laissée intentionnellement.

**LES TEXTILES ET LES VÊTEMENTS AU CANADA :
UN SECTEUR EN VOIE DE MUTATION
SUITE AUX RÉSULTATS DE L'URUGUAY ROUND**

par Sophie DUFOUR*

Le secteur des textiles et des vêtements figure parmi les quelques rares secteurs où le protectionnisme demeure toujours autorisé à titre d'exception dans le cadre du GATT. Ce statut d'exception découle de l'Arrangement multifibres (AMF) lequel régit, depuis le 1er janvier 1974, près de 80% du commerce mondial des textiles et des vêtements. L'AMF tend principalement à contrer les effets, sur les pays industrialisés, du déplacement de la production des textiles et des vêtements vers les pays en voie de développement. L'AMF permet ainsi aux pays industrialisés de limiter le volume des produits importés de manière à protéger leur marché intérieur. Le protectionnisme prévalant au sein du secteur des textiles et des vêtements est cependant appelé à disparaître, suite à la conclusion de la ronde Uruguay. En raison des pressions exercées principalement par les pays exportateurs asiatiques, le secteur des textiles et des vêtements sera en effet, dès le 1er janvier 1995, intégré progressivement au GATT, à l'instar des autres secteurs économiques. Or, certains États industrialisés importateurs de textiles et de vêtements, dont le Canada, sont quelque peu inquiets des conséquences susceptibles de résulter de ce plan de libéralisation. Des études ont en effet établi que l'abolition de l'AMF pourrait entraîner, au Canada, la perte de près de 60 000 emplois. L'industrie canadienne des textiles et des vêtements devrait néanmoins être en mesure de relever ce nouveau défi de la libre concurrence. Pour ce faire, cependant, les dirigeants canadiens doivent être prêts à modifier les politiques commerciales applicables à ce secteur économique, dont la nature protectionniste est admise par tous et chacun.

*, Avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Cette chronique s'inspire d'une allocution prononcée à Montréal, le 18 mai 1994, dans le cadre du 62^e Congrès de l'Association canadienne-française pour l'avancement des sciences [ACFAS].

The textiles and clothing sector is one of the rare sectors within GATT in which protectionism is still authorized for special reasons. This special status derives from the Multifibre Arrangement (MFA) which, since 1 January 1974, has covered almost 80 per cent of global trade in textiles and clothing. The principal effect of the MFA is to counter the effects on industrialized nations of the transfer of textiles and clothing production to developing countries. The MFA allows industrialized countries to restrict the volume of imports so as to protect their domestic markets. Protectionism in the textile and clothing sector is, however, destined to disappear as a result of the conclusion of the Uruguay Round. Because of pressures exerted mainly by Asian exporting countries, as of 1 January 1995, the textiles and clothing sector will be gradually integrated into GATT, as will be other economic sectors. Some industrialized countries, including Canada, which import textiles and clothing are somewhat concerned by the consequences likely to result from this liberalized policy. Studies have shown that for Canada, the abolition of the MFA could lead to the loss of approximately 60 000 jobs. Nevertheless, the Canadian textile and clothing industry should be in a position to meet this new challenge of free competition. In order to do so, however, Canadian leaders must be prepared to amend trade policies applicable to this economic sector in which protectionism has traditionally played a role.

(1993) 24 R.D.U.S.	<i>Les textiles et les vêtements au Canada : un secteur en voie de mutation suite aux résultats de l'Uruguay Round</i>	203
--------------------	--	-----

SOMMAIRE

Introduction	205
I. Le secteur des textiles et des vêtements et l'Arrangement multifibres de 1974	206
a) La période d'après guerre	206
b) Accrocs aux principes fondamentaux du GATT	209
c) Une réforme s'impose	210
d) La position du Canada	211
II. L'Accord relatif aux textiles et aux vêtements issu de la ronde Uruguay	213
Conclusion	216

Introduction

Lors de la création de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* [ci-après «GATT» ou «*Accord général de 1947*»]¹, en 1947, aucun régime spécial n'est instauré en faveur du commerce mondial des textiles et des vêtements. Cependant, certaines initiatives de la part de l'Administration américaine ont tôt fait de conduire à l'implantation d'exceptions importantes en faveur de ce secteur économique². Ces exceptions ont pour effet d'exclure ce secteur du cadre institutionnel établi sous l'égide du GATT. Le protectionnisme devient ainsi une exception autorisée dans les échanges internationaux de textiles et de vêtements³. Toutefois, ce protectionnisme est aujourd'hui en voie de disparaître suite à la conclusion des accords de l'Uruguay Round, signés le 15 avril 1994, à Marrakech, au Maroc⁴.

Avant de nous pencher sur le contenu de l'*Accord relatif aux textiles et aux vêtements*⁵ résultant de la ronde Uruguay, il importe, préalablement, de décrire brièvement le développement du secteur des textiles et des vêtements au cours du dernier siècle.

-
1. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 1^{er} janvier 1948, R.T. Can. 1948 n° 31.
 2. Ainsi, la notion de «désorganisation du marché» est introduite pour la première fois par les États-Unis en 1959, lors de la quinzième session des Parties contractantes du GATT. Cette notion, discutée plus loin dans le présent texte, réside au cœur de la politique internationale de régulation des échanges de textiles et de vêtements. Voir sur ce point W.R. Cline, *The Future of World Trade in Textiles and Apparel*, rev. ed., Washington, D.C., Institute for International Economics, 1990, aux pp. 145-148 [ci-après «Cline»]; D. Jacomet, *Le textile - habillement: une industrie de pointe!*, Paris, Economica, 1987, aux pp. 130-131; R. Buford Brandis, *The Making of Textile Trade Policy 1935-1981*, Washington, D.C., American Textile Manufacturers Institute, 1982, aux pp. 7-15; B. Bardan, «The Cotton Textile Agreement 1962-1972» (1973) 7 J. World T. 8, aux pp. 10-11.
 3. Ainsi que l'a souligné l'auteur Niels Blokker, «[t]he CONTRACTING PARTIES never, implicitly or explicitly, approved the 1961 Arrangement or the [Long-Term Arrangement], nor did they clarify the relationship between the rules in these arrangements and those in the General Agreement. As regards the [Multi-Fibre Arrangement], a report containing the text of this arrangement was adopted by the Council in January 1974, and the CONTRACTING PARTIES implicitly agreed to the [Multi-Fibre Arrangement] by adopting the annual report of the Council. (...). The relationship between the rules in the [Multi-Fibre Arrangement] and those in the General Agreement was never specified by the Council or by the CONTRACTING PARTIES» (N. Blokker, *International Regulation of World Trade in Textiles - Lessons for Practice - A Contribution to Theory*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, à la p. 248).
 4. *Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round*, Marrakech, 15 avril 1994.
 5. *Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales de l'Uruguay Round, Accord relatif aux textiles et aux vêtements*, Marrakech, 15 avril 1994 [ci-après «*Accord relatif aux textiles et aux vêtements*» ou «*Accord*»].

I. Le secteur des textiles et des vêtements et l'Arrangement multifibres de 1974

a) La période d'après guerre

Si l'agriculture demeure le secteur ayant suscité le plus de remous dans le cadre du GATT, le textile le suit de près. Le régime d'exception dont bénéficient les textiles et les vêtements sur la scène internationale traduit le déclin qu'a connu ce secteur au sein de l'ensemble des pays industrialisés à économie de marché depuis les trente dernières années. En effet, bien que le secteur des textiles et des vêtements ait, pendant plusieurs décennies, représenté la force motrice et le triomphe de la puissance industrielle, il a, dès la fin des années cinquante, connu les contrecoups amers de la modernisation des opérations et de l'ouverture des frontières. Des dizaines de milliers d'emplois sont alors éliminés dans le secteur des textiles et des vêtements de la plupart des pays industrialisés. Le Canada n'échappe pas à cet exode qui profite aux pays à bas salaires et en voie de développement.

L'industrie des textiles et des vêtements s'est, en effet, avérée constituer un outil fondamental afin de promouvoir l'essor économique et le développement industriel de plusieurs pays en voie de développement. Dans ces pays, une grande proportion de la main d'oeuvre industrielle travaille dans ce secteur économique. Or, le salaire moyen de cette main d'oeuvre demeure nettement inférieur par rapport à celui de sa vis-à-vis dans les pays industrialisés, ce qui diminue d'autant les coûts de production. Ainsi, la vulnérabilité qui caractérise aujourd'hui ce secteur mou des économies occidentales résulte directement de la décision prise à cette époque, par certains industriels des pays de l'ouest, de transporter leurs usines et équipements dans les pays où la syndicalisation demeure encore un phénomène isolé.

La production des textiles et des vêtements en provenance des pays en voie de développement défie, dès lors, toute concurrence. Les conséquences sur les économies des pays industrialisés dépassent les prédictions les plus pessimistes : les pertes d'argent et d'emplois frappent de plein fouet un secteur ayant, jusqu'alors, réussi à tirer avantage d'un contexte économique relativement favorable pour son expansion.

La création de l'*Arrangement multifibres*⁶ doit être appréciée dans ce contexte. Né d'une initiative des États-Unis en 1961, l'AMF tend principalement à contrer les effets, sur les pays industrialisés, du déplacement de la production

6. *Arrangement concernant le commerce international des textiles*, GATT Supp. n° 21 I.B.D.D. (1975) 3 [ci-après «*Arrangement multifibres*» ou «AMF»].

des textiles et des vêtements vers les pays en voie de développement. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 1974, l'*Arrangement multifibres* permet aux pays importateurs de négocier, avec les pays exportateurs, des quotas sur le volume des produits importés afin de pallier les perturbations causées par l'entrée de ces produits sur les marchés intérieurs des pays importateurs.

L'AMF, qui vient remplacer l'*Accord à court terme*⁷ ainsi que l'*Accord à long terme concernant le commerce international des textiles de coton de 1962*⁸, régit une partie considérable - environ 80% - du commerce mondial des textiles et des vêtements depuis 1974⁹. Prorogé à six reprises, dont la dernière fois au terme de la ronde Uruguay¹⁰, l'AMF couvre maintenant une large gamme de produits du secteur des textiles et des vêtements, dont ceux faits de coton, de fibres artificielles, de laine, de soie, de certaines fibres végétales et de la combinaison de ces matières. En ce qui a trait aux exportations, la valeur des produits des textiles et des vêtements échangés entre les quarante-quatre signataires de l'AMF s'est élevée à près de 136 milliards de dollars américains en 1990¹¹.

Essentiellement, l'AMF repose sur trois règles fondamentales. La première règle consacre l'objectif principal recherché par les pays membres. Cet objectif consiste essentiellement à favoriser le développement économique et social des pays en voie de développement, notamment par le biais de l'exportation de produits textiles¹². Il est toutefois précisé que la recherche de cet objectif ne doit pas se traduire par une «désorganisation du marché» des pays importateurs, laquelle résulte d'un préjudice grave ou d'une menace réelle de préjudice grave pour les producteurs nationaux de ces derniers¹³. La portée de cet objectif, déjà restreinte par la réserve qui l'accompagne, se trouve une fois de plus amenuisée par les deux autres règles d'importance qui figurent dans l'AMF. L'une d'elles établit une clause de sauvegarde permanente, semblable à celle contenue à l'Article XIX du GATT, permettant aux États importateurs de

7. *Dispositions concernant le commerce international des textiles de coton*, GATT Supp. n° 10 I.B.D.D. (1962) 19.

8. *Accord à long terme concernant le commerce international des textiles de coton*, GATT Supp. n° 11 I.B.D.D. (1963) 25. L'*Accord à long terme* a été prorogé en 1967, pour une durée de trois ans, et de nouveau en 1970, pour une durée similaire (une dernière prorogation de trois mois l'a maintenu en vigueur jusqu'au début de l'AMF, en 1974) (*Protocoles prorogeant l'Accord concernant le commerce international des textiles de coton du 1^{er} octobre 1962*, GATT Supp. n° 15 I.B.D.D. (1967) 59, GATT Supp. n° 18 I.B.D.D. (1972) 95).

9. Seules les Parties contractantes au GATT ayant signifié au Directeur général du GATT leur acceptation à l'AMF sont liées par cet accord multilatéral.

10. *Protocole portant maintien en vigueur de l'Arrangement concernant le commerce international des textiles 09.12.93 (01.01.94)*.

11. *Communiqué de presse*, GATT/1601, 93-2158 (9 décembre 1993) 2-3.

12. AMF, *supra* note 6, art.1(3).

13. *Ibid.*, art. 1(2), Ann. A.

revenir sur leurs engagements en cas de désorganisation effective de leurs marchés¹⁴. Ces États peuvent alors, unilatéralement, instaurer des restrictions quantitatives ou renforcer des restrictions déjà existantes (sous forme de quotas d'importation, par exemple). L'autre règle a pour effet de permettre aux pays membres de conclure des ententes bilatérales aux termes desquelles l'État importateur et l'État exportateur s'entendent sur l'établissement de contingents croissants sur le volume des produits importés¹⁵. On fait ici référence au concept d'«accord de restrictions volontaires des exportations», en vertu duquel le pays exportateur accepte, sur une base volontaire, d'adopter les mesures législatives nécessaires afin que ses manufacturiers limitent leurs exportations à un niveau convenu avec le pays importateur. Celui-ci s'engage, en contrepartie, à n'imposer aucune autre barrière protectionniste.

Cette troisième et dernière règle mérite certains commentaires. Grâce à elle, le Canada se trouve en position de légitimer plusieurs mesures adoptées aux fins de protéger son industrie manufacturière. De nombreuses ententes bilatérales ont en effet été conclues depuis 1974 entre le Canada et certains de ses fournisseurs, notamment Hong Kong, Taïwan et la Corée, de façon à restreindre les importations de textiles et de vêtements provenant de ces États¹⁶.

b) Accrocs aux principes fondamentaux du GATT

Or, si ces accords ont profité à l'industrie manufacturière canadienne, ils ont fortement affecté le pouvoir d'achat des consommateurs canadiens qui, impuissants, n'ont eu d'autres choix que de subir ce protectionnisme parfois outrancier. À cet égard, il est intéressant de souligner que la somme additionnelle devant être déboursée par l'ensemble des consommateurs canadiens pour se vêtir en conséquence du système de quotas établi au sein de l'AMF est évaluée à plus de 500 millions de dollars canadiens par année.

De plus et surtout, bien que négocié sous l'égide du GATT, l'AMF ne respecte pas certains de ses principes fondamentaux. D'abord, les ententes de restrictions volontaires des exportations s'écartent de la clause de la nation la plus favorisée [ci-après «NPF»], telle que prévue à l'Article I du GATT, puisque seuls les exportateurs des pays à bas salaire sont assujettis à semblables

14. *Ibid.*, art. 3(4).

15. *Ibid.*, art. 4.

16. Voir à cet égard Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, *Place des textiles et des vêtements dans l'économie mondiale*, Genève, GATT, 1984, aux pp. 94, 96.

restrictions, à l'exclusion des exportateurs des pays industrialisés¹⁷. Ensuite, l'AMF se soustrait au principe contenu à l'Article XIII du GATT en ce que, contrairement à celui-ci, il permet aux pays membres importateurs d'imposer des restrictions quantitatives à l'importation de façon discriminatoire, c'est-à-dire sans assurer un traitement identique à l'endroit de tous les produits similaires importés. En d'autres termes, une discrimination est permise à l'égard des pays exportateurs à bas salaire. Enfin, l'AMF se concilie mal avec le précurseur des clauses de sauvegarde établies dans les accords commerciaux internationaux, à savoir l'Article XIX du GATT. En effet, les mesures de sauvegarde prises aux termes de l'AMF sont dirigées exclusivement à l'encontre des pays exportateurs à bas salaire. Or, sous l'empire de l'Article XIX du GATT, de telles mesures de sauvegarde ne se justifient que dans la seule mesure où elles s'appliquent sur l'ensemble des importations d'un produit donné, conformément au concept du traitement NPF¹⁸.

c) Une réforme s'impose

La septième ronde de négociation du GATT - le Tokyo Round - est à peine terminée que, déjà, s'engagent les pourparlers en vue d'une nouvelle négociation commerciale multilatérale du GATT. Lors de la première réunion ministérielle de Bruxelles de 1982, les Parties Contractantes s'entendent pour examiner les moyens visant à libéraliser davantage le secteur des textiles et des vêtements, ce qui inclut la possibilité d'assujettir à nouveau ces échanges aux règles de l'*Accord général*. Une telle proposition sous-entend la disparition de l'AMF et des ententes de restrictions volontaires des exportations négociées sous son égide. Au mois de mai 1984, le Conseil du GATT institue un groupe de travail chargé de mener à bien cette étude. Bien que les travaux du groupe de travail ne débouchent pas sur une identité de vues en matière de libéralisation du commerce mondial des textiles et des vêtements, ils ont pour effet d'accroître les pressions en vue d'une disparition éventuelle de l'AMF.

Cette question occupe, au même titre que celle de l'agriculture, une place prépondérante dans le cadre des discussions de la ronde Uruguay. Ainsi, au moment où celle-ci s'amorce à Punta del Este, en Uruguay, au mois de septembre 1986, plusieurs pays membres du GATT en viennent à réclamer, ni

17. La clause NPF est une «[d]isposition conventionnelle par laquelle un pays assure à un autre pays tout privilège ou concession qu'il accorderait à un pays tiers. Tous les pays membres du GATT s'accordent mutuellement le traitement NPF en vertu de l'article I de l'Accord général (...)» (Québec, Ministère des affaires internationales, *Le Québec et l'Accord de libre-échange nord-américain*, Québec, 1993, à la p. 92).

18. Sur la question du non-respect de l'AMF à l'égard des principes fondamentaux du GATT, voir Cline, *supra* note 2, à la p. 150; G. Curzon *et al.*, *MFA Forever? Future of the Arrangement for Trade in Textiles*, London, Trade Policy Research Center, 1981, à la p. 32 [ci-après «MFA Forever»].

plus ni moins, l'abolition de l'AMF. Parmi ceux-ci figurent bien entendu les principaux exportateurs asiatiques de textiles mais, également, l'Union européenne. La renonciation à l'AMF par cette dernière s'explique notamment par le haut taux d'automatisation que les industriels européens ont su développer dans leurs usines de même que par la nouvelle tendance de ces derniers à s'orienter davantage vers le marché haut de gamme. Par contre, certains pays moins avancés et, par voie de conséquence, moins concurrentiels que les gros exportateurs, rejettent l'idée du démantèlement de l'AMF. Malgré sa teneur hautement protectionniste, le système de quotas établi sous l'égide de l'*Arrangement multifibres* garantit à ces derniers un accès aux marchés des pays industrialisés. Le Mexique fait partie de ce groupe de pays réfractaires à un tel démantèlement. Pour le gouvernement mexicain, il ne fait en effet pas de doute qu'en l'absence d'un tel système, seuls des exportateurs compétitifs comme la Chine et Hong Kong seront en position de monopoliser ces marchés¹⁹.

d) La position du Canada

De son côté, le Canada est, au départ, fermement opposé à l'abolition de l'AMF. Cette opposition ne surprend guère. À l'heure actuelle, environ 120 000 personnes gagnent leur vie au Canada dans le secteur des textiles et des vêtements, principalement au Québec, en Ontario et au Manitoba. De ce nombre, 64 000 postes se trouvent au Québec. Or, depuis 1989, les emplois disponibles dans l'industrie canadienne des textiles et des vêtements ont chuté de façon dramatique. Plusieurs raisons sont à l'origine de ce déclin. L'une d'elles a trait au phénomène de la pénétration grandissante des importations de textiles en provenance des pays à faible coût de production lequel, lié à une diminution importante de la demande, s'est traduit par un taux annuel négatif de croissance de la fabrication canadienne de textiles. De même, l'industrie canadienne des textiles a, au cours des vingt dernières années, subi une véritable révolution technologique, où le capital n'a pas tardé à se substituer à la main d'oeuvre. Quant à l'industrie canadienne des vêtements, son sort n'est guère plus reluisant. En effet, bien que le Canada impose des contingents sur les vêtements importés, la part de l'industrie canadienne n'a cessé de diminuer au sein de son propre marché.

Ainsi, la modernisation qui, aujourd'hui, assure aux manufacturiers européens de textiles et de vêtements une position concurrentielle sur le marché mondial reste toujours un idéal à atteindre pour plusieurs industriels canadiens. Il ne faut donc pas s'étonner des conclusions dégagées d'un certain nombre d'études établissant que l'abolition de l'AMF pourrait se traduire, au Canada, par la disparition de près de 60 000 emplois.

19. Le Mexique milite ainsi en faveur d'un AMF révisé et actualisé.

Au cours des dernières années de négociations de la ronde Uruguay, le Canada finit, malgré tout, par se rallier au plan de libéralisation des échanges mis de l'avant par la communauté internationale dans le secteur des textiles et des vêtements. Trois raisons principales expliquent ce changement de cap: d'abord, les ententes de restrictions volontaires des exportations n'ont pas empêché les pays exportateurs à bas salaire d'augmenter leur part du marché canadien; ensuite, l'objectif visé par ces ententes, à savoir la protection de l'industrie canadienne des textiles et des vêtements, a été satisfait non sans affecter durement le portefeuille des consommateurs canadiens²⁰; enfin, les ententes de restrictions volontaires des exportations demeurent l'un des outils les plus efficaces afin de réserver aux produits canadiens des textiles et des vêtements une possibilité d'accès aux marchés des pays à bas salaire, lesquels sont susceptibles de devenir l'une de leurs voies d'expansion les plus intéressantes à moyen terme.

Par contre, selon le Canada, une période de transition s'impose afin de permettre aux industries de l'ensemble des pays importateurs de s'adapter à l'ouverture des marchés des textiles et des vêtements.

II. L'Accord relatif aux textiles et aux vêtements issu de la ronde Uruguay

Après plus de sept ans de discussions houleuses, entrecoupées d'impasses et d'achoppements, les 118 pays participant aux négociations de la ronde Uruguay en arrivent à un compromis en ce qui concerne le secteur des textiles et des vêtements. Ce compromis, prévu dans l'*Accord relatif aux textiles et aux vêtements*²¹, entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1995, soit au moment de la mise en opération de l'Organisation mondiale du commerce.

Le but ultime de cet *Accord* consiste à démanteler, sur une période de dix ans, l'AMF de même que toutes les ententes de restrictions volontaires des exportations qui en découlent et qui ont été signées depuis 1974. Les négociations ont ainsi eu pour objet de définir un ensemble de modalités permettant de mettre fin au statut d'exception du secteur des textiles et des vêtements et de l'intégrer, finalement, dans le système commercial multilatéral du GATT. Il s'ensuit que tous les contingents d'importation implantés sous l'égide de l'*Arrangement multifibres* seront graduellement abolis d'ici le 1^{er} janvier 2005.

20. En effet, les vêtements et les textiles étrangers sont, en général, beaucoup moins chers que ceux produits au Canada.

21. *Accord relatif aux textiles et aux vêtements*, *supra* note 5.

Le processus d'intégration²² a été prévu sur la base de quatre étapes distinctes. D'abord, le 1^{er} janvier 1995, chaque pays membre intégrera dans le cadre du GATT un premier groupe de produits des textiles et des vêtements représentant 16% au moins du volume total de ses importations²³. Au début de la deuxième étape, soit le 1^{er} janvier 1998, d'autres produits qui, en 1990, représentaient 17% au moins du volume total de ses importations, seront également intégrés au GATT²⁴. Quatre ans plus tard, soit le 1^{er} janvier 2002, sera ajouté à ce processus d'intégration un autre groupe de produits des textiles et des vêtements qui, en 1990, représentaient 18% au moins du volume total de ses importations²⁵. Enfin, tous les produits des textiles et des vêtements qui restent seront intégrés à la fin de la période de transition, prévue au 1^{er} janvier 2005²⁶.

Pour chacune de ces étapes, les produits à intégrer devront provenir de quatre catégories, soit les peignés et les filés (tels la laine cardée et le fil de coton), les tissus, les articles confectionnés (tels une tente, un parapluie et un gilet de sauvetage) et les vêtements²⁷.

Toutes les restrictions appliquées au titre de l'AMF et en vigueur au 31 décembre 1994 sont reconduites dans le nouvel accord. Elles sont maintenues jusqu'à ce qu'elles soient levées ou jusqu'à ce que les produits soient intégrés dans le cadre du GATT. En ce qui concerne les produits continuant de faire l'objet de restrictions, l'*Accord relatif aux textiles et aux vêtements* énonce une formule qui permet d'augmenter le volume des quotas existants²⁸.

Par ailleurs, bien qu'il mette surtout l'accent sur l'élimination progressive des restrictions appliquées au titre de l'AMF, l'*Accord relatif aux textiles et aux vêtements* fait état du fait que certains pays membres appliquent des restrictions quantitatives qui ne relèvent pas de l'AMF et qui ne se justifient pas pour autant aux termes de l'*Accord général de 1947*²⁹. Ces restrictions doivent, elles aussi, être retirées par les pays membres concernés. Le délai prévu à cette fin est laissé à leur discrétion: le retrait peut ainsi survenir d'ici le 1^{er} janvier 1996 (soit un an après l'entrée en vigueur de l'*Accord relatif aux textiles et aux vêtements*) ou,

22. La notion d'intégration signifie que le commerce de ces produits sera désormais régi par les règles générales du GATT, y compris l'Article XI(1) de l'*Accord général de 1947* qui interdit l'imposition de barrières protectionnistes sous forme de restrictions quantitatives.

23. *Accord relatif aux textiles et aux vêtements*, *supra* note 5, art. 2(6).

24. *Ibid.*, art. 2(8)(a).

25. *Ibid.*, art. 2(8)(b).

26. *Ibid.*, art. 2(8)(c).

27. *Ibid.*, art. 2(6).

28. *Ibid.*, arts 2(13)-(14).

29. *Ibid.*, art. 3.

encore, dans un délai ne dépassant pas 2005 (soit l'année de l'échéance de l'*Accord*)³⁰.

L'*Accord relatif aux textiles et aux vêtements* prévoit également un mécanisme de sauvegarde transitoire spécifique qui pourra être appliqué, à quelque étape que ce soit, aux produits des textiles et des vêtements qui n'auront pas encore été intégrés dans le cadre du GATT³¹. Des mesures de sauvegarde pourront ainsi être prises à l'encontre de pays exportateurs déterminés si le pays importateur réussit à démontrer, d'une part, qu'un produit particulier est importé en quantités tellement accrues qu'il porte ou menace de porter un préjudice grave à la branche de production nationale concernée et, d'autre part, qu'il y a accroissement brusque et substantiel des importations en provenance du pays en question³². Ces mesures résulteront généralement d'un accord mutuel auquel en seront arrivés l'État importateur et l'État exportateur bien qu'elles puissent, exceptionnellement, être adoptées de façon unilatérale par l'État importateur. Dans ce dernier cas, elles devront être soumises à l'examen de l'Organe de supervision des textiles créé aux termes de l'*Accord* afin de surveiller la mise en oeuvre de ce dernier³³. Les limitations appliquées à titre de sauvegarde transitoire spécifique pourront rester en vigueur pendant une période maximale de trois ans ou jusqu'à ce que le produit en question ait été intégré au GATT, si cela intervient plus tôt³⁴.

L'*Accord* dispose par ailleurs que, dans le cadre du processus d'intégration, tous les pays membres devront prendre, dans le domaine des textiles et des vêtements, toutes les mesures nécessaires afin de se conformer aux règles du GATT de manière à promouvoir l'amélioration de l'accès aux marchés, instaurer des conditions commerciales justes et équitables et éviter toute discrimination à l'égard des importations lors de l'adoption de mesures justifiées sur la base de politiques commerciales générales³⁵.

Il est aisé de constater, à la lumière de ces éléments, à quel point les négociations de l'Uruguay Round relatives au secteur des textiles et des vêtements ont constitué un enjeu majeur non seulement pour le Canada mais, également, pour plusieurs autres pays participants. Ces négociations s'inscrivent bien sûr dans le cadre beaucoup plus large et global du cycle Uruguay duquel résulte, d'une part, un *Acte final* et, d'autre part, un nombre considérable de

30. *Ibid.*, art. 3(2).

31. *Ibid.*, art. 6. Sur la question de l'intégration, voir *supra* notes 22-27 et texte correspondant.

32. *Ibid.*, art. 6(2).

33. *Ibid.*, arts 6(7)-(11).

34. *Ibid.*, art. 6(12).

35. *Ibid.*, art. 7(1).

concessions consenties par chaque pays signataire en matière d'accès aux marchés des produits et des services.

Conclusion

Les résultats de la ronde Uruguay ont donné raison à la majorité des spécialistes qui, tout au long des sept années de négociations, ont affirmé que les pays participants - industrialisés et en voie de développement - se rallieraient, au terme de leurs discussions, en faveur du principe de l'élimination progressive de l'AMF sur une dizaine d'années³⁶.

Semblable compromis ne signifie pas pour autant que le commerce des textiles et des vêtements sera complètement libre, dès l'an 2005 mais, simplement, qu'il sera désormais assujéti aux mêmes règles prévalant au sein des autres secteurs de l'activité économique mondiale en vertu du GATT.

L'industrie canadienne des textiles et des vêtements se dit en faveur de la libéralisation des échanges. Dans la mesure où les manufacturiers canadiens parviennent à trouver de nouveaux créneaux intéressants, entre autres aux États-Unis, il ne fait pas de doute que les possibilités de croissance des exportations canadiennes sont considérables dans ce nouveau contexte économique. Le succès de la transition qu'impose le nouvel environnement commercial créé par l'*Accord relatif aux textiles et aux vêtements* repose cependant sur une condition majeure, soit l'adaptation. À défaut d'une volonté ferme de la part du gouvernement canadien et de son industrie des textiles et des vêtements de satisfaire à cette condition, le Canada ne réussira pas à relever le défi de la libre concurrence que lui proposent, bien sûr, les récents accords du GATT mais, également, l'*Accord nord-américain de libre-échange*³⁷.

La conquête de nouveaux marchés exige de l'industrie canadienne des textiles et des vêtements non seulement l'amélioration de ses techniques de production mais, également, la révision de ses stratégies de commercialisation. L'atteinte de ces objectifs repose principalement, sinon essentiellement, sur l'investissement relatif à la mise à jour des compétences et des connaissances et

36. Voir notamment V. Cable, *Developing Country Interests in the Uruguay Round: The Textiles MFA*, Rio de Janeiro, Departamento de Economia, Pontificia Universidade Catolica, 1991, aux pp. 17-22; *MFA Forever*, *supra* note 18, aux pp. 37-39; National Consumer Council, *International Trade and the Consumer - Working Paper 2: Textiles and Clothes*, London, National Consumer Council, 1990, aux pp. 21-22; L. Athulathmudali, «Forthcoming Negotiations on the Multi-Fibre Arrangement» (1980) 3 *The World Economy* 1, aux pp. 9-12.

37. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, 17 décembre 1992, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1993.

au développement de nouvelles technologies. Dans un tel contexte, le rôle que devront jouer les deux paliers de gouvernement apparaît incontestable. Toutefois, ce rôle n'est pas sans limites. L'intervention gouvernementale se justifie parfaitement lorsqu'elle consiste à encourager et à parrainer une industrie sur une base ponctuelle et circonscrite. Elle devient cependant clairement condamnable lorsqu'elle prend la forme de subventions substantielles, directes ou indirectes, équivalant ainsi, ni plus ni moins, à un protectionnisme déguisé et sournois, destiné à protéger un secteur aux prises avec des problèmes structurels profonds et incontournables. À l'orée du XXI^e siècle, le protectionnisme doit être décrié s'il a pour effets non seulement d'anéantir tous stimuli à innover mais, également, de conduire à ce que l'on peut décrire comme le phénomène de l'«attentisme», soit cette forme de dépendance gouvernementale dont les effets plus que pervers se dénotent au sein d'un nombre sans cesse croissant de secteurs économiques. Il ne peut s'accepter, dans ce nouveau contexte de mondialisation des échanges, qu'à titre de palliatif temporaire, d'application précise et à portée limitée.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « FAILLITE ET INSOLVABILITÉ »

Auteur(s) : Paul-Émile BILODEAU

Revue : *RDUS*, 1993-1994, volume 24, numéro 1

Pages : **219-220**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13368>

Page vide laissée intentionnellement.

«FAILLITE ET INSOLVABILITÉ»*

par Paul-Émile BILODEAU**

Deux dates sont à retenir dans le domaine de la faillite au Québec : 1934 et 1992. La première date a marqué la publication du «Traité de la faillite» par Louis-Joseph De La Durantaye, première d'importance dans le domaine. Il a fallu attendre au-delà d'un demi-siècle pour qu'un autre ouvrage québécois voit le jour. Le professeur Bohémier, un auteur bien connu dans le domaine de la faillite et de l'insolvabilité, a publié en novembre 1992 le tome 1 intitulé «Faillite et insolvabilité». Il s'agit du deuxième ouvrage du professeur Bohémier, le premier étant «La faillite en droit constitutionnel canadien» publié en 1972. Entre-temps, Me Bohémier avait publié «Guide pratique en matière de faillite». Ces ouvrages antérieurs devaient le conduire à publier un traité sur la faillite et l'insolvabilité.

L'ouvrage du professeur Bohémier tient compte des amendements récents qui ont été apportés à la *Loi sur la faillite* (Projet de Loi C-22, sanctionné le 23 juin 1992 et mis en vigueur le 30 novembre 1992). Ce traité «Faillite et insolvabilité» est indispensable à tout professionnel du droit oeuvrant dans le domaine qu'il soit avocat, notaire, syndic ou encore séquestre ou liquidateur. Il est également accessible aux étudiants.

L'*introduction* contient une partie historique très intéressante remontant à l'histoire législative anglaise. De plus, l'aspect constitutionnel, comme il se doit, y est abordé. Ces deux aspects nous permettent de comprendre le fondement d'une loi sur la faillite. Les grandes questions constitutionnelles sont bien présentées et les éléments de la faillite en regard du droit civil «faillite et droit civil» y sont discutés. La *partie préliminaire* contient un titre qui précise bien les notions «Éléments de terminologie», ce qui permet au lecteur moins familier d'avoir une compréhension exacte des termes. L'auteur traite aussi de façon particulière toutes les situations où la date de faillite et celle de la mise en faillite peuvent entrer en conflit et donner lieu à interprétation. En effet, depuis la modification apportée à l'article 121 L.F.I., la distinction entre la date de faillite et celle de la mise en faillite est importante particulièrement lors de la mise en faillite forcée dans le contexte d'un avis d'intention et de proposition.

Le *titre I* est consacré à l'ouverture des procédures en matière de faillite tant à l'initiative des créanciers qu'à celle du débiteur lui-même. Le séquestre intérimaire n'y est pas oublié.

*. Albert BOHÉMIER, *Faillite et insolvabilité*, tome 1, Montréal, Les Éditions Thémis inc., 1992, 906 p.

** . Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

Le professeur Bohémier consacre une partie importante à la proposition de faillite tout en réservant quelques commentaires aux concordants hors faillite conformément à la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*¹ ou à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnie*². L'auteur aborde aussi la proposition de consommateur, nouvellement créée par les amendements récents résultant de la loi C-22.

Le *titre II* porte sur la partie administrative et judiciaire. L'auteur fait une étude très complète du rôle et des fonctions du syndic, de l'obtention de la licence jusqu'à la libération du débiteur. Il examine aussi ceux de l'assemblée des créanciers et les inspecteurs.

Ce deuxième titre est d'autant plus intéressant qu'il constitue, à toutes fins pratiques, la seule doctrine sur le sujet.

Ce traité suit la méthode analytique plutôt qu'exégétique, ce qui augmente l'intérêt de le consulter. Cette façon de procéder exige une meilleure connaissance de la matière, mais en retour la compréhension en est facilitée. La structure judiciaire est bien développée et l'auteur traite de la juridiction d'équité de la Cour de la faillite : sujet rarement discuté. L'assemblée des créanciers comme organisme administratif est étudié en détail, tout comme l'instance administrative que constitue le bureau des inspecteurs.

Ouvrage complet renfermant beaucoup de précisions, le tome 1 nous rend impatient de voir le tome 2 complété. À notre avis, «Faillite et insolvabilité» est et deviendra un ouvrage de référence par excellence en matière de faillite.

1. *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, L.R.C. 1985, c. 25.

2. *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnie*, L.R.C. 1985, c. C-36.